

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**La responsabilidad civil en el marco de los seguros de asistencia  
sanitaria**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**Bernardo Arroyo Abad**

Directora

**Matilde Cuenca Casas**

**Madrid, 2017**

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



# **LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL MARCO DE LOS SEGUROS DE ASISTENCIA SANITARIA**

TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR

**BERNARDO ARROYO ABAD**

DIRECTORA DE TESIS: Dra. MATILDE CUENA CASAS

**MADRID, 2015**

### ***Agradecimientos***

***A mi esposa Marina por ser una constante fuente de inspiración.***

***A mis maravillosos hijos Álvaro, Anastasia y Alejandro.***

***A mis padres por estar siempre ahí.***

***A mi abuelo Estanislao, que en paz descanse, al que siento muy cerca.***

***También quiero agradecer a mi Directora de tesis Matilde Cuena su infinita paciencia y sus sabios consejos, sin los cuáles este trabajo no habría llegado a puerto.***

## INDICE

### ABSTRACT

### CAPÍTULO I

#### LA ASISTENCIA SANITARIA COMO OBJETO DEL CONTRATO DE SEGURO.

1.- INTRODUCCIÓN: CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	8
2.- FUENTES NORMATIVAS. LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO.....	12
3.- MODALIDADES DE SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA.....	19
4.- EL SEGURO MÉDICO PRIVADO EN LA UNIÓN EUROPEA. LOS PETL Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.....	24

### CAPÍTULO II

#### LA RESPONSABILIDAD DE LA COMPAÑÍA COMO PROVEEDORA DE SERVICIOS MÉDICOS Y LA RESPONSABILIDAD POR ACTO MÉDICO.

1.- OBJETO DEL CONTRATO DE ASISTENCIA SANITARIA. OBLIGACIONES DE LA COMPAÑÍA.....	41
2.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA COMPAÑÍA. LA REGULACIÓN CONTENIDA EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY PARA LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.....	52
2.1.- Supuestos en los que la Compañía asume la prestación directa de la asistencia sanitaria.....	52
2.2.- La responsabilidad del facultativo.....	63
2.2.1.- Naturaleza de la responsabilidad del facultativo. Las obligaciones de medios.....	63
2.2.2.- En particular, la teoría del daño desproporcionado.....	69

<b>2.3.- El cumplimiento de las obligaciones del asegurado como presupuesto de la responsabilidad de la Compañía.....</b>	<b>74</b>
<b>2.3.1.- El pago de la prima.....</b>	<b>74</b>
<b>2.3.2.- La declaración de riesgo.....</b>	<b>80</b>
<b>2.3.3.-La obligación de minorar las consecuencias del siniestro.....</b>	<b>85</b>

### **CAPÍTULO III**

#### **LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA COMPAÑÍA POR ACTO MÉDICO. POSIBILIDADES DE ORDENACIÓN.**

<b>1.- RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LA COMPAÑÍA POR HECHO AJENO.....</b>	<b>89</b>
<b>2.- RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LA COMPAÑÍA POR ACTO MÉDICO. EL PROFESIONAL SANITARIO COMO AUXILIAR. PROBLEMÁTICA Y CRÍTICA.....</b>	<b>101</b>
<b>3.- LA PROBLEMÁTICA DE LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN EN LAS DEMANDAS POR DAÑO MÉDICO EN LOS SEGUROS ASISTENCIALES.....</b>	<b>111</b>

### **CAPÍTULO IV**

#### **LA RELACIÓN TRIANGULAR COMPAÑÍA/ASEGURADO/MÉDICO. ¿CONEXIDAD CONTRACTUAL?**

<b>1.- ¿CUÁNDO HAY CONEXIDAD CONTRACTUAL? .....</b>	<b>135</b>
<b>2.- REGÍMENES ESPECÍFICOS DE CONEXIDAD CONTRACTUAL.....</b>	<b>139</b>
<b>2.1.- Los contratos vinculados en la Ley de Crédito al Consumo.....</b>	<b>139</b>
<b>3.- LA VINCULACIÓN CONTRACTUAL SUSTENTADA EN EL BROCARDO “SIMUL STABUNT SIMUL CADENT” .....</b>	<b>147</b>

**4.- OTRAS POSIBILIDADES DE ORDENACIÓN PLANTEADAS DESDE EL DERECHO COMPARADO.....154**

**4.1.- Las consecuencias de la conexión funcional en el Derecho alemán.....154**

**4.2.- La relativización del concepto de parte y de tercero en los grupos contractuales.....156**

**4.3.- La tesis de los grupos contractuales como excepción al principio de relatividad contractual.....164**

**5.- EL FENÓMENO DELEGATORIO COMO SOLUCIÓN AL MARCO JURÍDICO DEL SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA.....170**

**CAPÍTULO V**

**EL CONTRATO EN BENEFICIO DE TERCERO COMO BASE PARA LA ORDENACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA COMPAÑÍA POR DAÑO MÉDICO.**

**1.- JUSTIFICACIÓN.....173**

**2.- EL CONTRATO EN BENEFICIO DE TERCERO.....177**

**2.1.- Concepto y caracteres.....177**

**2.2.- La Aceptación .....187**

**2.3.- El contrato en beneficio de tercero con carga.....198**

**2.4.- El vínculo de responsabilidad de estipulante y promitente frente al beneficiario.204**

**2.5.- Excepciones oponibles por el promitente frente a la acción entablada por el beneficiario.....217**

**2.5.1.- Litisconsorcio pasivo necesario.....220**

**2.5.2.- Excepciones materiales.....229**

**2.5.3.- La problemática de la prescripción en el esquema de coligación.....236**

**2.5.4.- La prueba de la culpa del médico.....239**

<b>3.- UTILIZACIÓN POR EL DEMANDANTE DE LA ACCIÓN DIRECTA DEL ART. 76 LCS EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL SEGÚN EL MARCO PROPUESTO.....</b>	<b>242</b>
--	------------

## **CAPÍTULO VI**

### **RESPONSABILIDAD DE LA COMPAÑÍA POR PRODUCTO DEFECTUOSO.**

<b>1.- MARCO NORMATIVO.....</b>	<b>251</b>
<b>2.- PRODUCTO DEFECTUOSO.....</b>	<b>256</b>
<b>3.- LA COMPAÑÍA DE SEGUROS COMO PRODUCTORA DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS.....</b>	<b>262</b>
<b>4.- LA COMPAÑÍA DE SEGUROS COMO PROVEEDORA DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS.....</b>	<b>265</b>
<b>5.- LA COMPAÑÍA DE SEGUROS COMO USUARIA DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS.....</b>	<b>276</b>
<b>6.- LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE RIESGOS DE DESARROLLO.....</b>	<b>279</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>286</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>296</b>

**ABSTRACT:** Este trabajo aborda la problemática compleja que se esconde detrás de los seguros de asistencia sanitaria, analizando y calificando las diversas relaciones jurídicas que lo componen a fin de encontrar una explicación de conjunto y coherente del fenómeno, en el marco de la coligación contractual. El enfoque es eminentemente práctico, y aporta una visión alternativa al letrado que tiene ante sí, el difícil reto de articular en demanda la pretensión resarcitoria del cliente que ha sufrido un daño a las resultas de la acción u omisión de un facultativo del cuadro médico de la compañía. Para ese fin se analizan temas tales como el problema de la asegurabilidad de la prestación sanitaria, la naturaleza jurídica de la responsabilidad de la compañía, el esquema de provisión de servicios a través del seguro, la naturaleza jurídica de la responsabilidad del facultativo o centro médico incluido en los cuadros médicos de las aseguradoras, las vías de acción del perjudicado o la legitimación pasiva de los diversos intervinientes en el proceso asistencial, además de la responsabilidad exigible a la compañía de seguros de asistencia sanitaria por productos defectuosos.

**Palabras clave:** responsabilidad civil, mala praxis, responsabilidad, contractual, extracontractual, médico, seguro, aseguradora, coligación hecho propio, hecho ajeno, daño, indemnización, acción directa, contrato en beneficio de tercero.

**ABSTRACT:** This work studies the complex problem that lurks behind the healthcare insurance, analyzing and describing the different legal relationships part of it to find a comprehensive and coherent explanation of the phenomenon, inside contractual colligation. The approach is very practical, and provides to the lawyer an alternative vision about it, the difficult challenge of articulating in demand for damages claims of the customer who has suffered damage as a result of the act or omission from medical staff of health insurance companies. To reach the target we analyze issues such as the problem of the insurability of health services provision by health insurance companies, the legal nature of the liability of the company, the scheme of providing insurance services, the legal nature of the responsibility of the physician included in the offer of health insurance companies, the courses of action of the damaged by medical act and the liability for defective products.

**Keywords:** liability, malpractice, contract, tort, medical, insurance, insurance, colligation, damages, compensation, direct action, contract in favor of third, own action, third party action.



## ***CAPÍTULO I***

### ***LA ASISTENCIA SANITARIA COMO OBJETO DEL CONTRATO DE SEGURO.***

#### ***1.- INTRODUCCIÓN: CONSIDERACIONES PRELIMINARES.***

Una beneficiaria de una póliza de asistencia sanitaria acude a la consulta de un facultativo del cuadro médico de su compañía, quien le diagnostica síndrome del túnel del carpo derecho y la interviene quirúrgicamente.

Transcurridos dos meses de la intervención, la paciente acude a consulta del traumatólogo, quien hace constar en su informe médico que por seguir con dolor en la mano intervenida, se hace necesario practicar RX y resonancia magnética, (RM), pruebas que no se habían realizado antes, y cuyo resultado reveló con claridad la existencia de un proceso expansivo cérvico dorsal medular en relación con astrocitoma o epindióma. A las resultas del nuevo diagnóstico, es intervenida de urgencia, extirpándosele el epindióma. En el postoperatorio surgen múltiples complicaciones que determinaron sucesivas intervenciones, y finalmente su fallecimiento.

Un supuesto como el planteado, en el que un paciente sufre daños como consecuencia de un acto médico en el marco del seguro privado de asistencia sanitaria, aparece no pocas veces en la práctica y suscita importantes interrogantes dentro del complejo ámbito de la responsabilidad médica.

Cada vez es más habitual en el tráfico jurídico que el paciente no contrate directamente con el facultativo, ni con el centro hospitalario en el que se le presta la asistencia sanitaria, sino con la compañía aseguradora. Ésta, a cambio de una prima periódica, se compromete a poner a disposición de sus asegurados un elenco de profesionales y uno o varios centros sanitarios que pueden ser o no propios de la aseguradora.

Es elemento caracterizador del mercado del seguro privado de salud la desvinculación existente entre la prestación de los servicios sanitarios y su financiación, de forma que el que presta el servicio no recibe remuneración del beneficiario sino de la aseguradora. El beneficiario o paciente se limita a abonar la prima de la póliza contratada y es la entidad de seguro la que establece la estructura organizativa que financia, pone a disposición del asegurado los servicios del médico u hospital y fija el importe de la prima de acuerdo con parámetros estadísticos y técnicas actuariales y comerciales.<sup>1</sup>

El problema de la asegurabilidad de la prestación sanitaria, la naturaleza jurídica de la responsabilidad de la compañía, el esquema de provisión de servicios a través del seguro, la naturaleza jurídica de la responsabilidad del facultativo o centro médico incluido en los cuadros médicos de las aseguradoras, las vías de acción del perjudicado o la legitimación pasiva de los diversos intervinientes en el proceso asistencial, son algunos de los temas que plantea la prestación de servicios sanitarios en el ámbito del seguro privado.

Los temas propuestos entrañan indudable complejidad y presentan un difícil encaje en los esquemas jurídicos actuales. Aspectos tales como el tratamiento de la responsabilidad contractual y extracontractual, o la diferenciación entre la responsabilidad proveniente de hecho propio o ajeno, supone muchas veces espacios contradictorios en los que nuestra jurisprudencia ha fomentado una convivencia, sin duda forzada, con la justificación de satisfacer la exigencia social de que todo daño que sufra el ciudadano a las resultas de una actuación médica, debe ser indemnizado.

---

<sup>1</sup> MARTÍN CASALS, M., RIBOT IGUALADA, J., SOLÉ FELIU, J., "Dictamen sobre la responsabilidad de las entidades de seguros de salud en reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas", Madrid 2.006. Cuadernos de SEAIDA, número cuatro (Sección española de la Asociación Internacional de Seguros).

La justificación que se da es que se afectan derechos absolutos del paciente, cuales son la vida o la integridad física, que justifican la relativización o relajación de los conceptos.<sup>2</sup>

En principio, no ofrece dudas que la relación existente entre el paciente y la compañía es contractual a las resultas de la póliza de salud suscrita por ambas partes. Lo que ofrece más sombras es la determinación de la naturaleza de la relación que une a paciente y sanitario que no suscribió dicho contrato pero que le atiende en ejecución del mismo. Podríamos encuadrar dicho supuesto dentro de lo que nuestra doctrina denomina “supuestos fronterizos”<sup>3</sup>, o “zonas grises”,<sup>4</sup> en las que no es fácil ver si el daño es consecuencia de un incumplimiento contractual, o el contrato es sólo mero antecedente causal de un daño que escapa a la órbita de lo pactado.<sup>5</sup>

Las soluciones que aporta nuestra jurisprudencia son contradictorias, así encontramos resoluciones en las que nuestro Tribunal ha aceptado con carácter general la responsabilidad contractual de la entidad de seguro<sup>6</sup>, bajo parámetros de

---

<sup>2</sup>ASÚA GONZÁLEZ, C, “Responsabilidad civil médica”, Tratado de Responsabilidad Civil, Ed.Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 974.

<sup>3</sup>YZQUIERDO TOLSADA, M. “La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso”. Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro. Marzo 2004, p. 25.

<sup>4</sup> DOMINGUEZ LUELMO, A. “Derecho sanitario y responsabilidad médica”. Lex Nova. 2007, pp. 78 y ss.

<sup>5</sup> Sin perjuicio del supuesto que constituye nuestro objeto de estudio, la doctrina apunta como casos susceptibles de verse afectados por el problema del concurso de responsabilidades, el del viajero que adquiere un billete de transporte y sufre un daño en el vehículo que lo transporta; el depositario que pierde o deteriora la cosa depositada (que incumple el contrato de depósito y, a su vez, su obligación genérica de no causar daño a otro) o la responsabilidad del arrendador por los daños que el mal estado del inmueble arrendado ocasionan al arrendatario en su persona o en sus bienes. YZQUIERDO TOLSADA, M., en “La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso”. Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro. Marzo 2004, p. 25, no comparte algunos de estos ejemplos (como el del depositario incumplidor que describe GARCÍA VALDECASAS, G., en “El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho Español”, 1962, p. 833.), pues sostiene que en muchos de los casos el daño es meramente contractual, pero se fuerza la interpretación para dar a la víctima una mayor protección al poder optar por la vía contractual o por la aquiliana. Un ejemplo bastante gráfico es el del operario que contratamos para, por ejemplo, pintar una habitación, y que cumple con su prestación y realiza un impecable trabajo de pintura, pero que al dejar las brochas y rodillos, mancha de pintura el suelo, dañándolo.

<sup>6</sup> SSTS de 10 de junio de 2.004 (RJ 2004/3505), que concluye: “.. la relación jurídica médico-hospitalaria deriva de la contractual, a través del contrato de asistencia con Adeslas y no se puede mantener que el centro médico y el propio médico actuaran fuera de todo vínculo contractual”. Más adelante el propio fallo se hace eco de otros anteriores como SSTS de 22 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1588), 7 de febrero

responsabilidad objetiva, pero también hay fallos que aceptan la responsabilidad de la compañía como extracontractual por hecho ajeno con base en el artículo 1903 del Código Civil <sup>7</sup>.

La calificación de la responsabilidad como contractual o extracontractual parece relevante si atendemos a cuestiones tan significativas como el plazo de prescripción de una y otra, la responsabilidad por los dependientes, la presunción o no del carácter solidario de la obligación indemnizatoria en el caso de que haya pluralidad de responsables, o el mayor o menor alcance de los daños resarcibles<sup>8</sup>.

Desde hace ya un tiempo, y por encima de todas estas consideraciones, se presenta como esencial la necesidad de proteger al paciente frente al daño, más allá de la calificación de la acción que reconduce la pretensión indemnizatoria, y por ende, más allá de la naturaleza de la relación jurídica que une a los actores en la prestación sanitaria.<sup>9</sup> Al servicio de éste postulado y de la flexibilización que conlleva, se articulan

---

de 1990 (RJ 1990, 668), 16 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7447), 19 de junio de 1984 (RJ 1984, 3250) o 18 de octubre de 1983 (RJ 1983, 5332), entre otras, en el sentido de que “se atiende a la libertad de elección ejercida por el sujeto destinatario de la libertad de la prestación del servicio dentro del marco legal de la obligada asistencia sanitaria, que incumbe a los centros concertados o no de la Seguridad Social, contrato que debe reputarse de adhesión por su contenido típico que viene determinado legal o reglamentariamente, en atención a la oferta pública que aquellos mantienen más o menos restringida, dentro de sus posibilidades.” El razonamiento es extensible al asegurado que se mueve dentro del cuadro médico ofertado por la compañía asistencial. Continúa la sentencia “la doctrina científica, constata la insatisfacción de la teoría clásica de la fuente de las obligaciones y la necesidad de ensayar nuevas fórmulas y tanteos. En este orden se consideran, a propósito de los diferentes negocios jurídicos creadores de relaciones obligatorias, los que no nacen de una expresa declaración de voluntad de las partes sino del comportamiento o de los hechos concluyentes de una de ellas, a los cuales el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de obligaciones. Se habla así de relaciones contractuales de hecho o derivadas de una conducta social típica.”

7 STS de 12 de febrero de 1990 (RJ 1990,677). El referido fallo considera que existe un vínculo de subordinación que constituye relación de dependencia de los profesionales que intervienen a una menor de 14 años, y Adeslas, como consecuencia de un contrato de servicios profesionales existente entre los facultativos y la aseguradora que obligaba a los primeros a la atención de los asegurados de aquélla, mediante la correspondiente retribución, y utilizando los medios que la sociedad de seguro de asistencia sanitaria pone a su disposición.

8 GARCIA CARNICA, M.C. “Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica” pp 31 y 32. Thompson Reuters Ltd. 2010. ASÚA GONZÁLEZ, C, “Responsabilidad civil médica”, Tratado de Responsabilidad Civil, Ed.Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 974.

<sup>9</sup> DIAZ REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C. “Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario”E. Comares. Granada. 2006, pp. 119 a 160.

teorías que utiliza nuestro Tribunal Supremo en sus fallos de forma conjunta o complementaria, como es el caso de las teorías de la unidad de culpa civil, que habla de la existencia de una única acción con concurso de normas en liza o la de yuxtaposición de responsabilidades, en virtud de la cual, puede el actor ejercitar acumuladamente ambas acciones concurrentes en acumulación eventual o alternativa pero nunca en acumulación simple, (es decir no se pueden sumar las acciones), porque son incompatibles, debiendo quedar a salvo, en una y otra, el carácter único de la indemnización. Estas teorías como analizaremos más en profundidad a continuación, no tienen el mismo sustento técnico aunque sí tengan un fin común, el indemnizatorio.

Ante supuestos dudosos, en los que, por ejemplo, concurre imprudencia médica y una defectuosa organización del servicio sanitario de la compañía, nuestros tribunales, buscan una solución flexible, de contenido esencialmente indemnizatorio y no reparan en la fundamentación de la pretensión, siendo suficiente con sustentar la acción en el articulado que exista en el Código Civil, todo el articulado, que habilite para pedir resarcimiento por daños, sean reguladores de la responsabilidad contractual o extracontractual.

El fin común descrito justifica por tanto una relativización jurídica que entendemos no es buena, ni presta el servicio que se supone ha de prestar toda construcción doctrinal, en la interpretación e integración del sistema como un todo coherente, al contrario, entendemos viene a suministrar más un escenario de incertidumbre e inseguridad jurídica.

Precisamente el objeto del presente trabajo es analizar en profundidad la responsabilidad médica en el marco de la relación triangular<sup>10</sup> que supone la realización de la prestación sanitaria a un paciente que tiene contratado un seguro privado.

## **2.- FUENTES NORMATIVAS. LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO.**

---

<sup>10</sup> Paciente/compañía, médico/ compañía, y médico/paciente.

El derecho a la protección de la salud que reconoce el artículo 43 de la Constitución, por virtud del cual compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública, debe diferenciarse del derecho a la asistencia sanitaria y del mandato dirigido a los poderes públicos recogido en su artículo 51 para que garanticen y protejan mediante procedimientos eficaces la salud de los consumidores.

La responsabilidad de las Administraciones Públicas en la organización de la salud conlleva el reconocimiento del ejercicio de la profesión, la libertad de empresa y la posibilidad de establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios, con medios ajenos al sector público, es decir, con medios privados<sup>11</sup>.

En este sentido se articulan diversas formas de provisión del servicio sanitario, así por ejemplo, las mutualidades públicas de funcionarios, a través de las que éstos reciben asistencia sanitaria.<sup>12</sup> Los que se integran en dichas mutualidades pueden escoger entre recibir asistencia sanitaria en la Seguridad Social o de una entidad de seguro libre<sup>13</sup>.

Existen empresas colaboradoras que conciertan con las Comunidades Autónomas, en el marco de sus competencias, la provisión de asistencia sanitaria a trabajadores de determinadas empresas<sup>14</sup>, como asistencia concertada<sup>15</sup>. Si bien es cierto que en un

---

<sup>11</sup> Ley General de Sanidad 14/86 de 25 de abril. Su artículo 89 reconoce la libertad de empresa en el sector sanitario, conforme al Artículo 38 de la constitución. Por su parte el artículo 90 recoge la prerrogativa que tiene la Administración Pública en el ejercicio de sus respectivas competencias de establecer conciertos con entidades privadas para la prestación de servicios sanitarios siempre que no se establezcan servicios complementarios respecto de los que existan en los centros sanitarios públicos dependientes de la administración pública concertante.

<sup>12</sup> MUFACE: Mutualidad de funcionarios de la Administración civil del Estado, ISFAS: Instituto social de las fuerzas armadas, MUGEJU: Mutualidad general judicial o MUNPAL: Mutualidad nacional de previsión de la administración local.

<sup>13</sup> Guía Laboral Seguridad Social. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. [http://www.empleo.gob.es/es/guia/texto/guia\\_13/contenidos/guia\\_13\\_31\\_7.htm](http://www.empleo.gob.es/es/guia/texto/guia_13/contenidos/guia_13_31_7.htm)

<sup>14</sup> El régimen de colaboración en la gestión de la asistencia sanitaria derivada de enfermedad común y accidente no laboral está regulado por el artículo 77.1.b) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en los términos establecidos por la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 66/1997, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Es un régimen de colaboración voluntaria de las empresas en la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria por enfermedad común y accidente no laboral establecido en la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, con el fin de complementar los medios de la Seguridad Social, considerados entonces insuficientes.

primer momento eran empresas constituidas a tal fin, como la existente en RTVE, en la actualidad, las entidades que prestan estos servicios son normalmente entidades aseguradoras sanitarias. El concierto no es más que una póliza colectiva.

Finalmente existen entidades de seguro libre y mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cuyo crecimiento en los últimos treinta años ha sido exponencial, constituyendo uno de los pilares no sólo de nuestro sistema sanitario sino económico.<sup>16</sup> Cubren la asistencia sanitaria de aquellas personas que han suscrito con ellos una póliza directamente, o que perteneciendo a una de las mutualidades de funcionarios o a empresas públicas, tienen concierto.

El seguro de asistencia sanitaria tiene su origen en las llamadas “iguales”, mediante las que se prestaba asistencia sanitaria a cambio de una cuota periódicamente abonada a una entidad. Esta asistencia era proporcionada por los antiguos igualatorios médico-quirúrgicos surgidos a mediados del siglo XIX, configurados como entidades de

---

<sup>15</sup> La previsión contenida en los PGE de 2009, provocó entre otras que entidades como RTVE, sometida al régimen de colaboración, convocara un concurso para la adjudicación de una póliza de seguro médico para sus trabajadores en diciembre de 2008.

<sup>16</sup> En datos recogidos en la Memoria social del seguro español presentados por UNESPA (Asociación española del seguro) en mayo de 2012, referidos al ejercicio 2011: Hablamos de unos 10,3 millones de asegurados de salud en España; cifra que, en todo caso, infravalora el volumen de asegurados, puesto que en la cuenta no se incluyen, ni las personas que son atendidas mediante regímenes concesionales de estructuras sanitarias públicas (concesiones en las que habitualmente participan aseguradoras); ni los asegurados del seguro dental, por considerarse que en este tipo de pólizas puede ser muy común la duplicidad (personas que están cubiertas por un seguro de salud tienen, también, la mentada póliza dental).

La creciente importancia económica del seguro privado de salud en España es incuestionable. La facturación total por primas en seguros de salud en el ejercicio 2011 supuso un crecimiento del 3,06%, (6.589 millones de Euros), respecto al ejercicio 2010 que había sido del 4% (6.400 millones de Euros). Del total de contrataciones aproximadamente el 35% obedece a pólizas individuales y el 65% restante a colectivas. 160.000 personas están siendo atendidas diariamente por los seguros de salud en toda España. Un minuto del seguro de salud implica 7 urgencias, 12 actos de enfermería, 111 visitas al especialista, 57 actos médicos, 5 hospitalizaciones y 47 análisis y diagnósticos. Todos ellos actos médicos o asistenciales a las resultas de un contrato de seguro que comportan unos niveles de exigencia y calidad y correlativamente de responsabilidad.

profesionales sanitarios, prestadores de asistencia sanitaria y ajenos a la idea de contrato de seguro<sup>17</sup>.

A partir del Reglamento de las Mutualidades de Previsión de 1943, y, muy especialmente de la primera Ley de Ordenación de los Seguros Privados de 1954, se reconoce que la actividad que realizaban las entidades de asistencia sanitaria era esencialmente asegurativa, de modo que conviene distinguir:

- Por un lado la gestión. La responsabilidad de la entidad aseguradora transformada en una sociedad de responsabilidad anónima, es la administración y obtención de recursos económicos dirigidos a conseguir la financiación del esquema de provisión de servicios sanitarios a favor de los asegurados.
- Por otro la actividad asistencial, que en sentido estricto es responsabilidad de los profesionales sanitarios que se ocupan en exclusiva de la actividad de prestación de asistencia sanitaria.<sup>18</sup>

Esa disociación se mantiene en la actualidad pero con una matización, y es que, si bien es cierto que la actividad que desarrolla la entidad aseguradora es esencialmente de gestión y distinta a la realización de cualquier tipo de prestación médica o sanitaria,<sup>19</sup> también lo es, que como consecuencia de esa labor, la entidad asume la obligación de suministrar asistencia sanitaria al tomador/asegurado que es consumidor de un servicio sanitario.<sup>20</sup>

---

17 ORDAZ SANZ, JA y MURILLO FORT, C. "Una aproximación de los precios hedónicos al seguro privado de enfermedad en España", Revista de métodos cuantitativos para la economía y la empresa, diciembre de 2.006, p. 109 a 124.

18 NUÑEZ LOZANO, MC. "Las aseguradoras de asistencia sanitaria. Intervención y liberalización", Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 1999, p. 28 y ss. y p. 50 y ss.

<sup>19</sup> Consiste en concertar con facultativos, con centros sanitarios o con ambos la disponibilidad de sus servicios respecto al beneficiario de la póliza suscrita con la entidad, y en hacerse cargo del coste generado por la utilización de aquellos servicios, que se encuentran dentro del alcance de la cobertura de la misma.

<sup>20</sup> NAVARRO MUNUERA, A. "Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", coords. R. Bercovitz/Salas, Madrid, 1992. pp. 125 y ss. "La Constitución (art. 51.1) confiere a



Hay quienes cuestionan tal aserto, argumentando que la Ley faculta a las entidades de seguros a prestar directamente servicios sanitarios.<sup>21</sup> El tenor literal del artículo 105 LCS permite afirmar la idea de que el seguro de asistencia sanitaria implica prestación en sí misma, pero sobre el particular entendemos que la Ley se refiere, no a que la compañía dispense asistencia directamente, sino que prestación aquí es sinónimo de hacerla posible o facilitarla al asegurado.

En el ámbito internacional, en particular en Italia, algunos autores entienden que la prestación del seguro siempre tiene un cariz indemnizatorio y que la asistencia sanitaria no puede ser considerada como actividad objeto de aseguramiento por cuanto implica prevención, y la prevención y la indemnización no pueden ser conceptos equiparables.<sup>22</sup>

Dentro de la actividad económica en general, la derivada de las operaciones aseguradoras se enmarca dentro del sector servicios. El conjunto de entidades y organismos que intervienen en esta actividad, ya sea del lado de la oferta ya del de la demanda, así como sus respectivos medios, prácticas y técnicas son precisamente lo que constituye la institución aseguradora, de la que también forman parte las normas que, emanadas de los poderes públicos, regulan su desarrollo, así como los organismos que tienen encomendada la función de control y vigilancia del cumplimiento de tales normas.

---

los poderes públicos la labor de protección de los consumidores y usuarios, su seguridad, salud e intereses económicos, correspondiéndoles asimismo (art. 43) la organización y la tutela de la salud y seguridad públicas. Aunque “ab initio” parezca haber una discordancia, entre los grupos de derechos que amparan ambos artículos, sobre todo en lo atinente al ámbito subjetivo de protección, (consumidor y usuario frente a todas las personas), la realidad ha ido imponiendo progresivamente la superación a ésta divergencia inicial equiparando desde la perspectiva de las normas que protegen la salud y seguridad, de forma que la noción de consumidor coincida con la de ciudadano.

21ANGEL YAGÜEZ, R.: “La responsabilidad civil y su problemática actual” ob cit. pp 140 y 141. Así se advierte en la Orden (Economía y Hacienda) de 7 de septiembre de 1987, en la que, al clasificarse los distintos ramos de seguros, y hacerse expresa mención a los de asistencia sanitaria, se dice de forma esquemática: “comprende la prestación de dicho servicio”.

22CAPOTOSTI, R. “L’assistenza turistica: nuovo ramo di assicurazione?”, Assicurazioni II, Torino, 1981, p. 70.

El servicio que justifica la existencia de la actividad y la institución aseguradora es el de seguridad y, como cualquier otro, responde a una necesidad: la de protección frente a la posibilidad de que por azar se produzca un evento, futuro e incierto, susceptible de crear una necesidad patrimonial. En otras palabras, la necesidad de protección frente al riesgo al que están expuestos todos los seres humanos tanto sobre su persona como sobre sus bienes o responsabilidades contraídas en su vida privada o profesional.

Las fuentes del Derecho de Seguros son varias. En primer lugar, el primer grupo de fuentes está constituido por las que regulan la intervención del Estado en la explotación del seguro (Derecho público de seguros). El principio que subyace en la filosofía de ordenación y supervisión de los seguros privados se basa en que la explotación del negocio asegurador, como actividad financiera, se diferencia de otro tipo de explotaciones industriales. Las razones en que se basa esto son varias, entre las que se pueden citar la diferente posición de las partes en el contrato, la inversión del ciclo productivo, el papel social que puede jugar el seguro. Las medidas adoptadas por el Estado para intervenir en el sector de los seguros privados se basan, según establecen las propias normas de supervisión, en el fomento de la actividad e industria aseguradora como en la protección de los consumidores y usuarios.

La importancia de la intervención pública en este negocio jurídico puede ponerse de manifiesto también en las normas de Derecho privado que regulan el contrato de seguro y en su máxima manifestación como es la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

En cualquier caso, merece destacar que la Ley de Contrato de Seguro (LCS) descansa fundamentalmente en la protección de los consumidores y usuarios de seguros.

Respecto de los usos como fuente de Derecho de Seguros, decir que la LCS no los cita de manera expresa, aunque ello no impide tenerlos presentes en la medida en que el contrato de seguro es un acto de comercio y, en consecuencia, según la definición contenida en el artículo 2 del Código de Comercio, nada impide reservarles esa función. En cualquier caso, sí debe ponerse de manifiesto que las condiciones

generales de los contratos vienen a cubrir la función que realizaban los usos y, en consecuencia, las normas inveteradas que por el largo uso tienen escasa aplicación en el campo del contrato de seguro en la práctica.

La importancia de estas condiciones generales de contratación es absoluta en el campo del seguro privado, realizando una labor integradora de las lagunas legales existentes, habida cuenta de la finalidad de la LCS anteriormente citada.

La Ley 50/1980 ha sido modificada desde su aparición, fundamentalmente para adecuar su contenido a las normas comunitarias en aquellos aspectos en que se hacía preciso.

Dentro de esta norma, su título III se refiere a los seguros de personas. También contiene una sección de disposiciones comunes a estos seguros y, a continuación, en secciones separadas, regula los seguros sobre la vida, los de accidentes y los de enfermedad.

Es de destacar la regulación separada que hace la Ley 50/1980 de los seguros de enfermedad, distinguiendo entre los tradicionalmente denominados de enfermedad de los de asistencia sanitaria. La razón de ser de esta referencia diferenciada se debe a que hasta la publicación de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, eran dos ramos diferentes, siendo la disposición adicional primera de la citada ley la que consagró legalmente la unificación en la clasificación administrativa. En la actualidad, se mantiene dicha unificación en el artículo 6 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (TRLOSSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

El régimen jurídico aplicable a los contratos de seguro de salud es el siguiente:

- El título primero de la LCS (arts. 1 al 24), aplicable a todos los contratos de seguro en los términos establecidos en el artículo 2.
- La sección primera del título III (arts. 80, 81 y 82), donde se recogen las disposiciones comunes a todos los seguros de personas. Recordar que el artículo 82 cuando excluye

de la facultad de subrogación del asegurador a los seguros de personas deja fuera de dicha exclusión los gastos de asistencia sanitaria, pero no las cantidades pagadas a tanto alzado.

- La sección 4.ª del título III (arts. 105 y 106), donde se regulan específicamente los seguros de enfermedad y asistencia sanitaria. En este último caso, el artículo 105 establece que «la realización de tales servicios (médicos y quirúrgicos) se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinen» por lo que también serán de aplicación tales disposiciones.
- La sección 3.ª del título III (arts. 100 al 104), a la que se remite el artículo 106, pero sólo «en cuanto sean compatibles con este tipo de seguros».

Es dentro del marco jurídico que ofrece la LCS, donde debemos incardinar el artículo 148 TRLCU, que analizaremos en profundidad más adelante y que determina los criterios de responsabilidad a los que se sujeta la compañía aseguradora en la provisión de asistencia sanitaria a sus clientes. Así todo, nuestra jurisprudencia reconoce la insuficiencia y relatividad de la regulación del seguro de asistencia sanitaria y la importancia de la póliza en la delimitación del riesgo asegurado.<sup>23</sup>

### **3.- MODALIDADES DE SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA.**

En nuestro ordenamiento bajo el epígrafe de seguros de salud, se incluyen los seguros de enfermedad y los de asistencia sanitaria, regulados ambos en la sección 4.ª del título III de la LCS, con sólo dos artículos, el 105 y el 106, que tienen como finalidad delimitar los seguros de enfermedad y asistencia sanitaria, el primero, y fijar su régimen jurídico, el segundo.

La Orden Ministerial de 7 de septiembre de 1987 que establecía la clasificación de los ramos de seguro distinguía entre el ramo 2, seguros de enfermedad, y el ramo 19, seguros de asistencia sanitaria. La clasificación actual, recogida en la disposición

---

<sup>23</sup> STS de 13 de julio de 2002 (RJ 2002,5910).

adicional primera de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, recoge en el ramo 2 ambos tipos de seguros.

El artículo 105 LCS establece que “cuando el riesgo asegurado sea la enfermedad, el asegurador podrá obligarse, dentro de los límites de la póliza, en caso de siniestro, al pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica. Si el asegurador asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos, la realización de tales servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinan.”

Si por enfermedad podemos entender la perturbación de la salud que se traduce en una situación anormal del cuerpo o del espíritu, no es ése el interés que el asegurado intenta proteger con el seguro ni el riesgo asumido por el asegurador. Con este tipo de seguros el asegurado se intenta cubrir de las consecuencias económicas que pueden derivarse de la propia enfermedad, sean los costes a los que ha de hacer frente para su curación, la pérdida de ingresos por la incapacidad que puede generar la enfermedad o simplemente las molestias que ocasiona.

Nuestro ordenamiento admite la existencia, (junto a los seguros esencialmente indemnizatorios llamados personales y patrimoniales o de daños)<sup>24</sup>, de seguros que se

---

<sup>24</sup> Dentro de los seguros patrimoniales o de daños, destacamos: 1.- los seguros de cosas, destinados a indemnizar las pérdidas materiales directamente sufridas en un bien de su patrimonio, 2.- seguros de responsabilidad cuyo fin es garantizar al asegurado frente a la responsabilidad civil en que pueda incurrir ante terceros por actos de los que sea responsable, 3.- seguro de incendios que garantiza al asegurado la indemnización en caso de incendio de los bienes determinados en la póliza o la reparación o reposición de las piezas averiadas, incluyendo los daños producidos en la extinción, 5.- el seguro del automóvil que tiene por objeto, fundamentalmente, reparar o indemnizar los daños accidentales producidos en los vehículos de terceros y en el vehículo asegurado. 6.- seguros agrarios combinados: cubren los daños producidos en los riesgos asegurables en función de la ubicación de la explotación, las especies que se cultivan, etc. Algunas de las coberturas son: incendio, gota fría, helada, lluvia, nieve, pedrisco, viento, etc., 7.- seguros agrarios de rendimientos: cubren la pérdida de rendimientos que puede producirse por cualquier adversidad climatológica, que no pueda ser controlada por el agricultor, incluyendo entre ellas la sequía y la helada. Por ejemplo, existen seguros de rendimientos del olivar, del almendro, etc., 8.- seguros agrarios integrales que cubren la pérdida de producción causada fenómenos que no puedan ser normalmente controlados por el agricultor, como el pedrisco, el incendio, la sequía, etc. 9.- seguros pecuarios: en este tipo de seguros, se pueden garantizar los daños de naturaleza climática, u otros fenómenos excepcionales; así como accidentes y enfermedades de animales, 10.- seguros de pérdidas pecuniarias. Son aquellos seguros en los que la compañía de seguros indemniza al

dedican exclusivamente a la organización de la prestación de servicios, como es el caso del seguro de defensa jurídica, el seguro de asistencia en viaje, el seguro de decesos<sup>25</sup>, o dentro del ramo de seguros de enfermedad,<sup>26</sup> el de asistencia sanitaria.

El seguro de reembolso es un seguro de enfermedad de índole personal<sup>27</sup>, no supone prestación sanitaria y presenta caracteres comunes con los seguros patrimoniales. La

---

asegurado por la pérdida del rendimiento económico que hubiera podido alcanzar en un acto o actividad, de no haberse producido el siniestro descrito en el contrato. Por ejemplo se va a indemnizar al asegurado por la pérdida económica que la avería de una máquina le haya ocasionado (pérdida de beneficios). 11.- seguro de crédito: garantiza al asegurado el pago de los créditos que tenga a su favor cuando se produzca la insolvencia de sus deudores. Siempre teniendo en cuenta los límites e importes que se pacten en la póliza, 12.- seguro de caución: el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones, a indemnizar al asegurado los daños patrimoniales sufridos dentro de los límites previstos. Todos los pagos que realice la aseguradora deberán serle reembolsados por el tomador del seguro, 13.- seguro de robo. La compañía aseguradora se compromete a indemnizar al asegurado por los daños sufridos a consecuencia de la desaparición, destrucción o deterioro de los objetos asegurados a causa de un robo (o intento de robo). 14.- seguro de transportes. La entidad aseguradora se compromete al pago de determinadas indemnizaciones a consecuencia de los daños ocurridos durante el transporte de mercancías, 15.- seguro de ingeniería. Es un grupo de modalidades de cobertura que contemplan determinados riesgos derivados del funcionamiento, montaje o prueba de maquinaria o inherentes a la construcción de edificios y obras o 16.- los seguros multirriesgos. En un solo contrato se garantizan una serie de riesgos relevantes para el asegurado. Por su importancia, destaca el seguro multirriesgo de hogar, pero existen muchos otros, como el seguro multirriesgo de comercios, industrial, etc, que cubren tanto daños materiales como responsabilidad civil.

<sup>25</sup> La cobertura principal del seguro de defensa jurídica se basa en que los gastos que le puedan surgir al asegurado como consecuencia de su intervención en un proceso judicial, y la prestación de los servicios de asistencia jurídica, judicial y extrajudicial, son cubiertos por el seguro. Mediante el seguro de asistencia en viaje se prestan al asegurado una serie de servicios cuya finalidad consiste en resolver las incidencias de diversa naturaleza que le hayan surgido, a él o a quienes le acompañen, durante la realización de un viaje. La asistencia se presta tanto al vehículo asegurado como a las personas que viajan en él. La finalidad del seguro de decesos es garantizar la prestación del servicio fúnebre contratado al fallecimiento de cada uno de los asegurados o el reembolso de las cantidades pactadas en la póliza. El servicio fúnebre está definido en la póliza como el conjunto de elementos y servicios necesarios para efectuar el sepelio del asegurado fallecido, así como las demás garantías cubiertas por la póliza y descritas detalladamente en ésta. Normalmente, se incluyen en la póliza una serie de garantías adicionales como aquellas relativas al traslado de los restos mortales del asegurado hasta el lugar de su inhumación o incineración.

<sup>26</sup> El Real Decreto 2486/1998 de 20 de noviembre realiza un reconocimiento tácito de esta modalidad de seguro al declarar, de forma expresa en su disposición derogatoria, apartado B: "Se declaran vigentes las siguientes disposiciones", punto 10 "Orden de 29 de julio sobre clasificación de los ramos de seguro" que prevé el de enfermedad en su número segundo.

<sup>27</sup> Destacamos también dentro de este grupo el Seguro de accidentes. El riesgo que se quiere prevenir es la posibilidad de sufrir un menoscabo físico personal como consecuencia de un accidente súbito e imprevisto. Definiéndose el accidente como la lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita,

compañía se compromete al reintegro de las cantidades previamente pagadas por el asegurado o beneficiario de la póliza a las resultas de un proceso asistencial, de enfermedad o quirúrgico, dentro de los límites de la misma. En ésta modalidad, la compañía no suministra asistencia, sino que se limita a abonar las facturas médicas pagadas por el asegurado hasta el límite de la cobertura.

El seguro de asistencia sanitaria sí implica prestación, por cuanto la compañía organiza la provisión al asegurado de servicios de asistencia sanitaria, aunque no los presta directamente.

El texto refundido de la Ley de Ordenación y supervisión de seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, prohíbe que la asistencia sanitaria en cuestión sea prestada directamente por la entidad aseguradora, y ello se infiere del inciso primero de la letra b, del apartado primero de su artículo cuarto, al señalar que se prohíbe a las entidades aseguradoras, bajo sanción de nulidad, “el ejercicio de cualquier otra actividad comercial y la prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora”.

No obstante lo expuesto, el propio apartado b de la Ley admite, en el marco que ofrece el artículo 90 de la Ley General de Sanidad 14/86 de 25 de abril, “.... la colaboración con entidades no aseguradoras para la distribución de los servicios producidos por éstas”. En su cometido, las compañías pueden concertar convenios, acuerdos o contratos con profesionales y entidades sanitarias para proveer o facilitar asistencia sanitaria a sus asegurados, pero ello no implica que la actividad de las compañías de seguro sanitario sea esta prestación en sentido estricto. La naturaleza de la responsabilidad médica es distinta a la naturaleza de la responsabilidad de las compañías, aunque el fundamento sea común (*alterum non laedere*), de ahí la consideración de la asistencia sanitaria en sentido estricto como hecho ajeno a la actividad de las compañías. Pero esto no significa que no pueda asegurarse la eventualidad de que el asegurado sufra dolencias o enfermedades que necesiten de esa asistencia.

---

externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte, que es el riesgo asegurado.

De hecho, la prestación sanitaria en términos de organización y suministro de servicios profesionales vía concierto (entendida la palabra concierto en sentido amplio), para que sea considerada operación susceptible de seguro privado, sólo debe implicar la asunción por la compañía de un riesgo técnicamente asegurable.<sup>28</sup>

El riesgo, es la posibilidad de que por azar ocurra un hecho que produzca una necesidad patrimonial,<sup>29</sup> es el evento que de suceder, genera la obligación de garantía del asegurador en los términos establecidos en las condiciones de la póliza. Así por ejemplo, en el seguro de decesos, la muerte del asegurado genera la obligación de la compañía de garantizar la prestación del servicio fúnebre y en el seguro de asistencia sanitaria, la enfermedad del asegurado, genera la obligación de la compañía de suministrarle asistencia sanitaria a través de los cuadros médicos de la misma. No es que la prestación sanitaria en sentido estricto constituya un riesgo asegurable, lo que se asegura es la eventualidad de que el asegurado pueda precisarla al verse aquejado de una dolencia o enfermedad dentro del ámbito de lo pactado en la póliza.

Serán las condiciones particulares de la póliza, las que determinen qué enfermedades están cubiertas y con qué alcance, si se ha verificado el riesgo asegurado y por tanto si han de proveerse por la compañía los servicios contratados. La póliza a través de su clausulado lo que hace es delimitar el riesgo, no siempre de forma correcta porque muchas veces, bajo el pretexto de la delimitación del riesgo se esconden cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados.<sup>30</sup>

---

28 El párrafo segundo del artículo segundo del Real Decreto 2486/1998 de 20 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de ordenación y supervisión de seguros privados determina que “no tendrán la consideración de operaciones de seguro privado la prestación de servicios profesionales ... siempre que en las obligaciones que asuman las partes no figure la cobertura de un riesgo técnicamente asegurable ...”

<sup>29</sup> GARRIGUES DIAZ CAÑABATE, J. “El contrato de seguro terrestre” . 2ª Ed. Madrid. 1983, p.p. 11 a 18.

<sup>30</sup> SSTs como las de 28 de noviembre de 2012 (RJ 2012,3403), 1 (RJ 2007, 1510) y 5 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2521), 8 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8268), 17 de marzo 2006 (RJ 2006, 5639), 11 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6576), establecen la diferenciación entre lo que debemos considerar cláusulas delimitadoras del riesgo y cláusulas limitativas del derecho de los asegurados entendiendo por las primeras: “ aquellas mediante las cuales se concreta el objeto del contrato, fijando qué riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla. La jurisprudencia mayoritaria declara que son cláusulas delimitativas aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante



El riesgo cubierto por los seguros de asistencia sanitaria dispone de todos los elementos para ser asegurable ya que en él se verifican la probabilidad, la incertidumbre, el azar, la necesidad patrimonial y la susceptibilidad de tratamiento estadístico. Es decir son riesgos aleatorios, accidentales y externos a la voluntad del asegurado.<sup>31</sup>

La Ley asimismo exige para que la asistencia sanitaria sea objeto de seguro que exista, como ya apuntamos, desvinculación entre la prestación de servicios y su financiación. El Real Decreto 2486/1998 de 20 de noviembre exige asimismo que para que la provisión de servicios sanitarios sean objeto de seguro, es esencial que no se retribuya cada acto médico por el asegurado, sino que la asistencia contratada en la póliza sea sufragada por la compañía aseguradora, quedando totalmente desvinculado el asegurado, que cumple con pagar la prima concertada.<sup>32</sup>

#### **4.- EL SEGURO MÉDICO PRIVADO EN LA UNIÓN EUROPEA. LOS PETL Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.**

---

qué plazo y en qué ámbito espacial.” En el mismo sentido SSTs de 30 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 179), 23 de octubre de 2002 (RJ 2002, 8971), 16 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3579) y 16 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9195): “la cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido, y la cláusula de exclusión de riesgo es la que especifica qué clase de ellos se ha constituido en objeto del contrato.”, entre otras.

<sup>31</sup> HERNANDEZ LUGO, G. “Implementación de una red de asistencia para una compañía de seguros. Servicio propio versus servicio concertado”. Revista Previsión y Seguro número 30, octubre 1993, pp 82 y 83.

<sup>32</sup> Artículo 2.2, párrafo segundo del Real Decreto 2486/1998 de 20 de noviembre: ..“tampoco tendrán la consideración de aseguradores aquellas personas que contando con infraestructura adecuada presten .... servicios ..., referidos a asistencia sanitaria, ... devengando su retribución por cada uno de los actos que realicen y con independencia de la persona que los satisfaga.” En caso de duda sobre la aplicabilidad de la Ley de Ordenación y Supervisión de seguros privados, el párrafo tercero del artículo segundo del Real Decreto 2486/1998 de 20 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de ordenación y supervisión de seguros privados determina “Las dudas que puedan surgir sobre la calificación de una operación, a efectos de su sometimiento a la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y a este Reglamento, serán resueltas en vía administrativa por el Ministro de Economía y Hacienda. Cuando la duda se refiera a si la operación forma parte de la Seguridad Social obligatoria se solicitará informe previo del Ministerio competente por razón de la materia”. GARRIGUES DIAZ CAÑABATE, J: “El contrato de seguro terrestre”. 2ª Ed. Madrid. 1983, pp 44 a 45. e incierta de indemnización, pero que también es una verdadera obligación.

El fenómeno de integración legislativa que hemos vivido en Europa en los últimos lustros ha contribuido de forma decisiva a la homogeneización y armonización, a golpe de Directiva, de distintos ámbitos regulatorios nacionales, en temas tales como la protección medioambiental, la protección del consumidor frente a los daños producidos por productos defectuosos, el reconocimiento de cualificaciones profesionales, que facilita el ejercicio de los profesionales sanitarios en otros Estados miembros o el sistema armonizado de autorización de medicamentos en la UE.<sup>33</sup> Ahora bien, en el ámbito de la responsabilidad del prestador de servicios, frente a la amplitud que inicialmente cabía preconizar de los trabajos que dieron pie a la Directiva sobre servicios en el mercado interior 2006/123/CE, aprobada en el mes de diciembre de 2005, a la hora de establecer reglas de responsabilidad específicas para los prestadores de servicios en el ámbito de la UE, el resultado ha sido muy corto.

Dicha directiva define en su artículo cuarto los conceptos de “servicio” y de “prestador” con amplitud, entendiendo por servicio “cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración contemplada en el artículo 50 del Tratado”<sup>34</sup>, y prestador “cualquier persona física con la nacionalidad de un Estado miembro o cualquier persona jurídica de las contempladas en el artículo 48 del Tratado, y establecida en un Estado miembro, que ofrezca o preste un servicio.”

Lo cierto es, que a pesar de la amplitud descrita, la Directiva en su artículo segundo, deja fuera de su ámbito de aplicación actividades tales como los servicios financieros, bancarios, jurídicos o contables y también los servicios de seguros y los servicios sanitarios prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su

---

<sup>33</sup> “Futura Directiva sobre derechos sanitarios en la UE” O.M.C. Europa al día. Núm. 247. Noviembre 2007.

<sup>34</sup> El artículo 50 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (artículo 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), establece que a los efectos del mismo “se consideraran como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. Los servicios comprenderán en particular: actividades de carácter industrial, actividades de carácter mercantil, actividades artesanales, actividades propias de las profesiones liberales.”

modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado.

Hay autores que, al analizar la Directiva, fijan su atención en las primeras actividades descritas excluidas para concluir que precisamente la exclusión obedece al propósito de limitar el ámbito de aplicación de la norma a los servicios susceptibles de producir daños a la integridad de las personas, a su salud o a su seguridad.<sup>35</sup> No compartimos esa afirmación, habida cuenta de la evidente incidencia de la asistencia sanitaria en los valores descritos.

Entendemos que la razón es otra, y responde al hecho de que, (en lo que respecta a nuestro ámbito de estudio), el seguro privado de enfermedad tiene una orientación de negocio mucho más nacional que el resto de actividades socioeconómicas, debido en gran medida a la adaptación local de las aseguradoras a las estructuras y coberturas públicas existentes en cada país,<sup>36</sup> lo que dificulta la asunción de unos criterios uniformes en todo el territorio europeo.

A pesar de ello, sentencias del Tribunal de Justicia de la UE de los últimos años, han puesto de manifiesto que, aunque la organización y gestión de los sistemas de asistencia sanitaria es competencia de los Estados miembros, dichos sistemas tienen que estar en armonía con la legislación del mercado interior que permite la libre circulación tanto de pacientes como de profesionales, y ese ha sido el propósito y la finalidad de las distintas directivas emanadas de la UE, más allá de armonizar un sistema de responsabilidad civil de por sí complejo y diverso.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> PARRA LUCAN, M<sup>a</sup> A. “La Protección al consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios”. Colección Derecho del Consumo. Madrid. 2011, p. 238.

<sup>36</sup> Association of British Insurers. “Are you buying private medical insurance?” London, Association of British Insurers; 2003. BERTINATO, L, BUSSE, R., Cross- Border Healthcare in Europe. Copenhagen, WHO Observatory of Health Systems and Policies, 2005.

<sup>37</sup> Citamos como disposiciones comunitarias de armonización y vehiculares en materia sanitaria: la Directiva 89/105/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la transparencia de las medidas que regulan la fijación de los precios de los medicamentos para uso humano y su inclusión en el ámbito de los sistemas nacionales del seguro de enfermedad, la Directiva 90/385/CEE del Consejo, de 20 de junio de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los productos sanitarios implantables activos, DO L 189 de 20.7.1990, la Directiva 93/42/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, relativa a los productos sanitarios DO L 169 de 12.7.1993, la Directiva 98/79/CE del

---

Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 1998, sobre productos sanitarios para diagnóstico in vitro DO L 331 de 7.12.1998, la Directiva 95/46/CE y la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas DO L 201 de 31.7.2002, la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios DO L 18 de 21.1.1997, la Directiva 2000/31/CE, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico DO L 180 de 19.7.2000, la Directiva 2001/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre la aplicación de buenas prácticas clínicas en la realización de ensayos clínicos de medicamentos de uso humano DO L 121 de 1.5.2001, la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano DO L 311 de 28.11.2001, la Directiva 2002/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas de calidad y de seguridad para la extracción, verificación, tratamiento, almacenamiento y distribución de sangre humana y sus componentes DO L 33 de 8.2.2003, el Reglamento (CE) n.º 859/2003, la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos DO L 102 de 7.4.2004, el Reglamento (CE) n.º 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos DO L 136 de 30.4.2004, el Reglamento (CE) n.º 883/2004 y el Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social DO L 284 de 30.10.2009, la Directiva 2005/36/CE, el Reglamento (CE) n.º 1082/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre la Agrupación europea de cooperación territorial (AECT) DO L 210 de 31.7.2006, el Reglamento (CE) n.º 1338/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre estadísticas comunitarias de salud pública y de salud y seguridad en el trabajo DO L 354 de 31.12.2008, el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) DO L 177 de 4.7.2008, el Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) DO L 199 de 31.7.2007 y otras normas de la Unión de Derecho internacional privado, en particular normas relativas a la competencia de los tribunales y al Derecho aplicable, la Directiva 2010/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante DO L 207 de 6.8.2010, el Reglamento (UE) n.º 1231/2010. La Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2011 relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, promueve la cooperación en la asistencia sanitaria entre Estados miembros, con pleno respeto a las competencias nacionales en la organización y la prestación de asistencia sanitaria. La presente Directiva tiene asimismo por objeto aclarar su relación con el marco existente para la coordinación de los sistemas de seguridad social, Reglamento (CE) n.º 883/2004, con miras a la aplicación de los derechos de los pacientes.

<sup>37</sup> COLOMBO, F., TAPAY, N. "Private health insurance in OECD countries: the benefits and costs for individuals and health systems". Paris, Organization for Economic Co-operation and Development; 2004.

El papel de la UE en la regulación del seguro de enfermedad, tanto público como privado, ha sido discreto, limitándose a insistir sobre la necesidad de que todos los ciudadanos y residentes en el territorio europeo han de estar cubiertos ante los riesgos que comporta la salud, principalmente por medio de actuaciones de los poderes públicos de los países miembros proporcionando accesibilidad a los cuidados asistenciales al mayor número posible de ciudadanos de la UE, cubriendo los huecos en la cobertura de prestaciones asistenciales que dejan los sistemas públicos.<sup>38</sup>

La situación es sumamente heterogénea, lo que impide una comparación detallada por la gran diversidad de entornos culturales, económicos y sociales.<sup>39</sup> En general, las políticas de los Estados de la Unión siempre han tenido como objetivo intentar preservar una cobertura asistencial pública de carácter amplio, universal y obligatorio, independiente del nivel de capacidad adquisitiva del ciudadano, lo que ha llevado al desarrollo de sistemas sanitarios caracterizados por su obligatoriedad, cobertura prácticamente universal, amplia cartera de servicios y alto gasto público<sup>40</sup>.

Las prestaciones asistenciales se proporcionan, bien directamente a través de redes asistenciales contratadas por cada entidad aseguradora (seguros de asistencia sanitaria) o mediante el reembolso total o parcial de los gastos ocasionados al acceder a los servicios asistenciales (seguro de reembolso)<sup>41</sup>.

El seguro de reembolso es prevalente en Bélgica, Dinamarca y Alemania, por ejemplo, mientras que el seguro de asistencia sanitaria constituye cerca del 90% del mercado en España, donde existen amplias redes asistenciales que incluso integran centros

---

<sup>38</sup> COLOMBO, F., TAPAY, N. "Private health insurance in OECD countries: the benefits and costs for individuals and health systems". Paris, Organization for Economic Co-operation and Development; 2004.

<sup>39</sup> BESLEY, T, HALL, J., PRESTON I. "The demand for private health insurance: do waiting lists matter?" Journal of Public Economics. 1999. pp 155 a181.

<sup>40</sup> PALM, W. "Voluntary health insurance and EU insurance directives: between solidarity and the market". Brussels, Association Internationale de la Mutualité (AIM); 2001.

<sup>41</sup> EMERSON, C, FRAYNE, C., GOODMAN, A. "Should private medical insurance be subsidised? Health Care UK 2001, p.p. 49a 65. EWALD, F. "Genetics, insurance and risk". In: MC GLEENAN, T, WIESING, U., EWALD, F., eds. Genetics and insurance. Oxford, BIOS Scientific Publishers; 1999, pp 17 a 34. KEEN, J., LIGHT, D., MAYS, N. "Public-private relations in health care". London, King's Fund, 2001. ROBINSON, J. "Renewed emphasis on consumer cost sharing in health insurance benefit design". Health Affairs; 2002.p.139 WALLIS, G. "The demand for private medical insurance". EconomicTrends 2004, pp 46 a 56.

asistenciales y hospitales pertenecientes a las propias aseguradoras en un intento, no siempre exitoso, de integrar verticalmente la gestión de sus servicios asistenciales<sup>42</sup>.

En la práctica totalidad de países europeos la estructura y funcionamiento de las entidades aseguradoras privadas, así como la mayoría de los productos y coberturas que proporcionan, están usualmente orientadas a mercados nacionales e incluso regionales por lo que, a excepción de determinados servicios de urgencia, resulta sumamente complicado obtener coberturas asistenciales fuera de áreas geográficas bien delimitadas, lo que choca con las iniciativas de la UE para garantizar la movilidad de los pacientes por todo su territorio<sup>43</sup>.

La nueva regulación europea en materia de movilidad de pacientes plantea un importante problema al sector asegurador que no está preparado, ni siquiera entre compañías del mismo grupo, para dar el salto de proporcionar asistencia sanitaria a sus asegurados en cualquier país de la Unión; (aunque algo parecido sucede con los sistemas nacionales de salud, que han sido lentos a la hora de prevenir cuáles serían los siguientes pasos de la UE a la hora de garantizar total libertad de movimientos de personas, bienes y servicios).

La cuestión de si el sector asegurador restringirá o no la libertad de movimientos de los pacientes dentro de la Unión dependerá, en gran medida, de las posibilidades de trasladar las prestaciones asistenciales de un país a otro, respetando las condiciones originales de contratación en origen, aunque ello conlleve un aumento de primas por la gran disparidad del coste de las prestaciones asistenciales entre los distintos países de la Unión<sup>44</sup>.

Si bien algunos aseguradores privados, sobre todo a través de pólizas de reembolso, proporcionan cobertura asistencial a sus asegurados que viajan al extranjero, el

---

<sup>42</sup>Price Waterhouse Coopers. "Elecciones saludables: El papel cambiante de las aseguradoras sanitarias". Madrid; 2007.

<sup>43</sup>WALLIS, G. "The demand for private medical insurance".Economic Trends 2004, p.p. 46 a 56. THOMSON, S. MOSSIALOS, E. "Regulating private health insurance in the European Union: the implications of single market legislation and competition policy". LSE Health WP number 4; 2006.

<sup>44</sup>COSTA, J., GARCÍA, J. "Demand for private health insurance: how important is the quality gap?" HealthEconomy 2006. pp 587 a 599.

porcentaje de gasto sanitario financiado por estas entidades en países distintos al de origen del asegurado no supera el 2% del total en la actualidad y, como se ha visto, la mayoría de pólizas de enfermedad poseen una cobertura territorial limitada y los acuerdos internacionales cruzados entre empresas aseguradoras, incluso pertenecientes al mismo grupo, son la excepción<sup>45</sup>.

En la UE se distinguen tres grandes grupos de seguros médicos privados asistenciales:<sup>46</sup>

**Los seguros complementarios**, que financian coberturas y servicios asistenciales no cubiertos o no garantizados por los sistemas públicos de seguridad social, de modo total o parcial. Estos seguros están disponibles prácticamente en todos los Estados miembros de la Unión, aunque son particularmente relevantes en Francia, Bélgica, Italia, Dinamarca y Eslovenia; según la previsible evolución de las coberturas asistenciales públicas, con la progresiva incorporación de copagos por utilización de servicios asistenciales, están llamados a tener una importancia creciente en la UE.

**Los seguros sustitutivos** que adoptan la forma de seguro privado sustitutivo como principal fuente de cobertura asistencial en una parte de la población y proporcionan acceso asistencial a grupos e individuos que no pueden acceder al mismo a través de los seguros públicos, debido a su exclusión de las coberturas públicas tanto de forma voluntaria como involuntaria, como ocurre en Alemania (a partir de un cierto nivel de ingresos anuales) y España (grandes mutualidades del Estado).<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup>Price WaterhouseCoopers. "Elecciones saludables: El papel cambiante de las aseguradoras sanitarias". Madrid; 2007.

<sup>46</sup>LÓPEZ CASASNOVAS, G., SÁEZ, M. "A vueltas con el aseguramiento sanitario privado". GacSanit 2005. pp 59 a 64. British Medical Association. Medical information and insurance: joint guidelines from the British Medical Association and the Association of British Insurers. 2002. MOSSIALOS, E., "Voluntary health insurance in the European Union: a critical assessment". International Journal of Health Services 2002, pp 19 a 88. MOSSIALOS, E., DIXON, A. "Funding health care: options for Europe". Buckingham, Open University Press; 2002. MOSSIALOS, E., THOMSON, S. " Voluntary health insurance in the European Union". Copenhagen, World Health Organization Regional Office for Europe; 2004. Organization for Economic Co-operation and Development. Private health insurance in OECD countries: compilation of national reports. Paris, Organization for Economic Co-operation and Development; 2001. MAYNARD, A., DIXON, A. "Voluntary health insurance and medical savings account: theory and experience". Funding health care: options for Europe. Buckingham, Open University Press 2002

<sup>47</sup>ICEA. Investigación Comparativa entre Entidades Aseguradoras y Fondos de Pensiones. "El seguro de Salud. Estadística año 2007".

Los seguros médicos de carácter sustitutivo reemplazan la cobertura asistencial de carácter público. Por ello, los asegurados acogidos a un esquema privado de carácter sustitutivo no tienen derecho a una cobertura asistencial pública. De ahí que los servicios y coberturas proporcionadas por los aseguradores privados deban ofrecer, como mínimo, las mismas garantías asistenciales que el sistema público.

Estos seguros sustitutivos son contratados por ciudadanos excluidos total o parcialmente de la cobertura asistencial pública, como los alemanes y holandeses, que por encima de determinados ingresos anuales son automáticamente privados de la cobertura asistencial pública, los trabajadores autónomos en Bélgica y en Austria, o el de los beneficiarios de las grandes mutualidades del Estado en España (MUFACE, ISFAS, MUGEJU) que constituyen un grupo privilegiado de ciudadanos al poder escoger libremente una vez al año entre provisión asistencial pública y privada proporcionada por entidades aseguradoras (el 86% elige la privada).

**Los seguros suplementarios** garantizan determinadas coberturas asistenciales administradas y proporcionadas fuera del sistema público, por no estar cubiertas por el mismo. Pueden operar en forma de seguro privado alternativo o de cobertura duplicada, como sucede en el Reino Unido y España.

El seguro médico suplementario en su variante de cobertura duplicada, predominante en el Reino Unido, Grecia, Italia, Portugal y España, con algunas excepciones abarca la misma cartera de servicios que los seguros sanitarios de carácter estatal u obligatorio. Su objetivo principal es incrementar el nivel de elección de proveedor asistencial por parte del asegurado así como el nivel de servicio hospitalario. Este tipo de seguro médico privado, que existe en la mayoría de los estados miembros, está también íntimamente ligado a la oferta cuantitativa y cualitativa de servicios asistenciales y coberturas de los sistemas públicos.<sup>48</sup>

Aunque el seguro privado de enfermedad suele ofrecer un núcleo común de coberturas y servicios en la práctica totalidad de países miembros de la UE, existe una

---

<sup>48</sup> MOSSIALOS, E., "Voluntary health insurance in the European Union: a critical assessment". International Journal of Health Services 2002, pp 19 a 88.



gran diversidad de tipos de seguro y de productos que refleja la gran diferencia de coberturas asistenciales públicas que afectan en gran medida a las estrategias de los aseguradores privados.<sup>49</sup>

La proporción de la población que posee un seguro médico privado contratado varía enormemente entre países y no es fácil de comparar por la enorme variedad de tipos de cobertura y de servicios asistenciales. En los Estados de la UE en los que predomina el seguro médico privado de carácter complementario, la cobertura oscila entre un 20% y un 70% de la población, mientras que el seguro médico de carácter suplementario cubre como media a un 10% de la población<sup>50</sup>.

En términos generales, y aunque las estadísticas son incompletas por la falta de información en algunos de los países adheridos a la Unión a partir de 2004, se estima que alrededor de un 5% de los ciudadanos de la UE tienen contratado un seguro médico privado de algún tipo, y que el gasto sanitario financiado por las aseguradoras privadas constituye menos del 10% del total del gasto sanitario; (si bien con considerables diferencias, ya que en Francia supone el 12% del total, en Holanda el 18% y en España el 5%; mientras que representa menos del 5% del gasto sanitario total en Bélgica, Dinamarca, Portugal, Reino Unido, Suecia, Finlandia, Grecia, Italia y Luxemburgo)<sup>51</sup>.

El cuadro de responsabilidad de las compañías en el ámbito de los seguros de reembolso en Europa, al igual que en el ámbito nacional, no genera especial dificultad, pero en el caso del seguro de asistencia sanitaria, se hace absolutamente necesaria la determinación, en la consecución del objetivo de alcanzar una asistencia sanitaria eficiente, de calidad y segura, de un marco común y armónico de responsabilidad del

---

<sup>49</sup> COSTA, J., GARCÍA, J. "Demand for private health insurance: how important is the quality gap?" HealthEconomy 2006. pp 587 a 599.

<sup>50</sup>Price Waterhouse Coopers. "Elecciones saludables: El papel cambiante de las aseguradoras sanitarias". Madrid; 2007. MAYNARD, A., DIXON, A. "Voluntary health insurance and medical savings account: theory and experience". Funding health care: options for Europe. Buckingham, Open University Press 2002

<sup>51</sup>THOMSON, S. MOSSIALOS, E. "Regulating private health insurance in the European Union: the implications of single market legislation and competition policy". LSE Health WP number 4; 2006.

prestador del servicio sanitario,<sup>52</sup> lo que no se ha conseguido, como ha quedado de manifiesto, con la Directiva sobre servicios en el mercado interior 2006/123/CE, aprobada en el mes de diciembre de 2005.

El fracaso en el diseño de ese marco común de responsabilidad desde las instituciones europeas, no ha significado ausencia de propuestas en este ámbito. Estas han llegado desde el mundo de lo académico, constituyendo un esfuerzo “de uniformización no legislativa del Derecho”.<sup>53</sup> Así hemos de referirnos a los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL).<sup>54</sup>

La aplicación en toda Europa, en mayor o menor medida, de criterios objetivos de responsabilidad en materia de daños, no es sino consecuencia del esfuerzo del legislador en garantizar al lesionado indemnización por los daños sufridos en el trasunto de determinadas actividades. Se trata de un proceso de progresiva objetivación de la responsabilidad civil, especialmente la extracontractual, apreciándose una tendencia a dejar menor margen al juez en su apreciación de la culpa, al circunscribirla a su ajuste a un determinado patrón o modelo de conducta. Al respecto dicen los defensores de esta corriente que en modo alguno se excluye la culpa, sino que en todo caso, exige mayor rigurosidad en su apreciación, en aras a cumplir con los requerimientos legales de eficacia y seguridad de los productos y

---

<sup>52</sup>COSTA, J., GARCÍA, J. “Demand for private health insurance: how important is the quality gap?” Health Economy 2006. pp 587 a 599.

<sup>53</sup> PALAO MORENO, G. “Responsabilidad civil extracontractual en el derecho europeo.” Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 145. Explica que algunos autores, en relación con el desarrollo de propuestas unificadoras del derecho europeo, han acuñado el término “desde arriba” para referirse a las reformas y unificaciones realizadas por las instituciones comunitarias, y “desde abajo” para designar las iniciativas que no provienen de las instituciones comunitarias sino, en la mayoría de los casos, del sector académico, a través de lo que puede denominarse una uniformización no legislativa del Derecho”. Los PETL constituyen una importante fuente de análisis sobre el futuro y la tendencia de la responsabilidad civil extracontractual, pues el objetivo de esta propuesta es el mejoramiento y la armonización del Derecho de la responsabilidad civil en Europa. MARTIN-CASALS, M.: “Reflexiones sobre la elaboración de unos principios Europeos de Responsabilidad Civil”, en 2º Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Granada 14, 15 y 16 de noviembre 2002. <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-7.pdf>

<sup>54</sup> Los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (llamados PETL, por su denominación en inglés: Principles of European Tort Law), presentados en Viena el año 2005 por el European Group on Tort Law, comprenden una propuesta académica para una eventual unificación legislativa del derecho de daños europeo.

servicios que son puestos por los empresarios en el mercado de consumo, y los seguros de asistencia sanitaria no son una excepción.

Aunque los PETL es un texto de corte doctrinal y científico, constituye un esfuerzo armonizador de las distintas legislaciones existentes en Europa. De su lectura no podemos concluir la existencia en puridad de un régimen de responsabilidad estrictamente objetivo y desprovisto de toda idea de culpa más que en relación a determinadas actividades, denominadas anormalmente peligrosas, cuyo tratamiento, al ser actividades ajenas “al uso común”,<sup>55</sup> debe ser restrictivo.

Los PETL hablan de responsabilidad objetiva cuando tratan los supuestos recogidos en su capítulo quinto relativo a lo que definen como actividades anormalmente peligrosas. Son aquellos que implican un riesgo elevado que queda fuera de control aunque se emplee toda la diligencia debida.

Hay autores que, en relación con el Capítulo quinto de los PETL comentan, que “la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa son alternativas para una conveniente clasificación y exposición, pero un examen más pormenorizado sugiere que, en realidad, más que dos categorías existe entre ambas un continuum”.<sup>56</sup>

La responsabilidad objetiva ha sido regulada de manera diferente en los distintos países europeos, quienes de acuerdo con las fórmulas normativas con las que cada uno cuenta, le han dado tratamientos extensivos<sup>57</sup> o restrictivos<sup>58</sup>, confiriendo a la misma un distinto alcance, de ahí que se optara por establecer en los PETL una cláusula general que “por su propia naturaleza tiende a permitir la responsabilidad

---

<sup>55</sup> Denominación que dan los propios PETL.

<sup>56</sup> KOCH, B.A. “La labor del European Group on Tort Law. La cuestión de la “Responsabilidad objetiva”. En: Indret Revista para el análisis del derecho. Versión digital disponible en: [http://www.indret.com/pdf/129\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/129_es.pdf)

<sup>57</sup> Como es el caso de Austria, que judicialmente ha aplicado por analogía las responsabilidades objetivas, y Francia que cuenta con una responsabilidad general de las cosas que se tienen bajo la guarda.

<sup>58</sup> Como el caso de Inglaterra, Alemania, Italia y Suiza.

objetiva en más casos que los que vienen regulados en piezas concretas de legislación, que se centran en tipos de riesgos específicos”<sup>59</sup>.

Se responde objetivamente por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella. Esto es un límite en sí mismo, en la medida en que se excluyen de este régimen aquellos daños que no fueron consecuencia de la materialización del riesgo anormal que conlleva dicha actividad, sino que fueron producto de otras acciones, que si bien hacen parte de la actividad, no comportan el riesgo anormal dentro de sí.

Los PETL consagran en su artículo 5:101<sup>60</sup> la responsabilidad objetiva para aquellos supuestos de riesgos extremos (actividades anormalmente peligrosas), dejando abierta la puerta para el reconocimiento de otros supuestos de responsabilidad objetiva. Es decir, se proporcionó una base común, y se dejó espacio para ampliar dicha responsabilidad a otros casos.

El Grupo académico redactor del texto renunció a enunciar caso por caso las distintas actividades peligrosas que pudieran dar origen a la responsabilidad objetiva, como es el caso de los animales fieros, por la dificultad de elaborar una lista enunciativa y omnicomprendiva de dichos actividades que fueran reconocidas por todos los ordenamientos jurídicos.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> KOCH, B.A. “La labor del European Group on Tort Law. La cuestión de la “Responsabilidad objetiva”. En: Indret Revista para el análisis del derecho. Versión digital disponible en: [http://www.indret.com/pdf/129\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/129_es.pdf)

<sup>60</sup> Para diseñar el contenido y la redacción del artículo, el Grupo tuvo en cuenta la Sección 50 del Proyecto de Revisión Suizo y los artículos 519 (“Aquel que ejerce una actividad anormalmente peligrosa está sujeto a responsabilidad por daño a la persona, bienes inmuebles o bienes muebles de otra como consecuencia de la actividad, a pesar de que haya ejercido el mayor cuidado para evitar el daño. (2) Esta responsabilidad estricta se limita al tipo de daño, la posibilidad de que lo que hace que la actividad sea anormalmente peligrosa”. “(1) One who carries on an abnormally dangerous activity is subject to liability for harm to the person, land or chattels of another resulting from the activity, although he has exercised the utmost care to prevent the harm. (2) This strict liability is limited to the kind of harm, the possibility of which makes the activity abnormally dangerous.”), y siguientes del American Restatement of Torts Second, así como el Restatement Third of Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles).

<sup>61</sup> Así quedó plasmado en el texto de los Principios: “Capítulo 5. Responsabilidad objetiva Art. 5:101 PETL. Actividades anormalmente peligrosas (1) La persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y que

Por ello, la responsabilidad por actividades anormalmente peligrosas regulada en su capítulo quinto, prescinde totalmente, del análisis de la conducta del agente. “La responsabilidad que establece, no se basa en modo alguno en la culpa, ni siquiera en la más leve que quepa imaginar. Aunque el demandado haya ejercido el máximo cuidado tanto desde el punto de vista del estándar objetivo como del subjetivo, responderá por los daños causados por la fuente de peligro que se encuentra dentro de su esfera”.<sup>62</sup>

El término “peligro anormal”, implica por un lado la frecuencia del daño, que se determina mediante las leyes de la probabilidad, y su gravedad, que se analiza a la luz de la indemnización necesaria para restaurar los intereses lesionados y el valor de dichos intereses y por otro lado debe darse la circunstancia de que la actividad que genera el peligro no debe ser de uso común.<sup>63</sup>

Al respecto, el Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm, del American Law Institute, definió que “una actividad es claramente de uso común si en la comunidad la lleva a cabo una gran parte de la población”, siendo la comunidad en este caso las personas que se hallan en situación de riesgo en tales circunstancias. Incluso si una persona ejerce una actividad por primera vez, puede invocar esta excepción si la actividad que lleva a cabo es típicamente de uso común para el ciudadano medio. Así, el fundamento de la responsabilidad objetiva reside precisamente en el hecho de que cuanto más común es la actividad, más probable es

---

resulta de ella. (2) Una actividad es anormalmente peligrosa si: a) crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y b) no es una actividad que sea objeto de uso común. (3) El riesgo de daño puede ser significativo en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo. (4) Este artículo no se aplica a una actividad sujeta específicamente a responsabilidad objetiva por cualquier otra disposición de estos Principios o por cualquier legislación nacional o convención internacional.” Por su parte el Art. 5:102 recoge otros supuestos de responsabilidad objetiva: “(1) Las leyes nacionales pueden establecer otros supuestos de responsabilidad objetiva por la práctica de actividades peligrosas, incluso aunque dichas actividades no sean anormalmente peligrosas. (2) A menos que la ley nacional disponga de otro modo, los supuestos adicionales de responsabilidad objetiva pueden establecerse por analogía a otros que originen un riesgo parecido de daño.”

<sup>62</sup> KOCH, B.A. “La labor del European Group on Tort Law. La cuestión de la “Responsabilidad objetiva”. En: Indret Revista para el análisis del derecho. Versión digital disponible en: [http://www.indret.com/pdf/129\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/129_es.pdf)

<sup>63</sup> D GREEN, M y MORÉTEAU, O.: “Restating Tort Law: The American and European Styles”, pp. 298 y ss. [http://www.academia.edu/3457044/Restating\\_Tort\\_Law\\_The\\_American\\_and\\_EuropeanStyles](http://www.academia.edu/3457044/Restating_Tort_Law_The_American_and_EuropeanStyles).

que los beneficios de la misma se distribuyan ampliamente en la comunidad, por lo que el atractivo de la responsabilidad objetiva es más poderoso cuando los riesgos se imponen a los terceros y los beneficios, por el contrario, se concentran en pocas manos.

El uso común, es un término vago que puede conducir a equívocos. Implica que no es imputable a un tercero bajo criterios de responsabilidad objetiva, un resultado dañoso que constituya la manifestación de un riesgo que cabría considerar como cotidiano o propio del normal desenvolvimiento de la vida social.<sup>64</sup>

En tal sentido, por ejemplo, la actividad de conducción de vehículos quedaría, de plano, descartada del alcance de este artículo sobre actividades anormalmente peligrosas. Tampoco estaría incluida la prestación sanitaria que dispensan las compañías aseguradoras. Por el contrario, transportar explosivos químicos altamente inflamables en un buque-cisterna no podría excluirse aplicando esta regla.

La actividad sanitaria no implica un riesgo anormal, porque supone la exigencia de unos determinados parámetros de eficacia, eficiencia y seguridad que deben hacer del riesgo algo excepcional, lo que es incompatible con la calificación “actividad anormalmente peligrosa”.

Los PETL, en su esfuerzo armonizador, ofrecen un escenario simplista y poco exhaustivo, donde se deja la puerta abierta a las legislaciones nacionales en la determinación de supuestos adicionales de responsabilidad objetiva, remisión que hace en su artículo 5:102. Las actividades anormalmente peligrosas reguladas en el capítulo quinto de los PETL, son evidentemente excepcionales, por lo que la mayoría de actividades quedan finalmente comprendidas dentro del régimen general de culpa consagrado en su capítulo cuarto.

Por lo que respecta a la determinación de la persona a la que es imputable el daño producido por responsabilidad objetiva<sup>65</sup>, los PETL no definieron la figura, pero en el Grupo se sobreentendió que se iba a seguir la práctica existente en los países europeos

---

<sup>64</sup> El criterio es el del riesgo general de la vida. (*Allgemeine Lebensrisiko*).

<sup>65</sup> Lo que los PETL denominan “The Guardian”.

en relación con la definición de guardián como persona que explota una cosa o actividad peligrosa y que tiene el control efectivo de la misma, descartando el elemento del beneficio económico por su evidente inconveniencia en casos de actividades anormalmente peligrosas desarrolladas por entidades sin ánimo de lucro.

La responsabilidad de la empresa sujeta a responsabilidad objetiva queda asociada a un riesgo técnico u organizativo o al simple hecho de transgredir una norma de las que establecen una obligación de seguridad, (*Schutzweck der Haftungsbergründenen Norm*).<sup>66</sup>

Al margen de la responsabilidad objetiva, los PETL también tratan la responsabilidad subjetiva, que como veremos no es ajena al embate de los postulados objetivistas, así su artículo 4:202, determina la responsabilidad de la persona que se dedica habitualmente a una actividad profesional con fines económicos o profesionales y que emplea auxiliares o equipamiento técnico. Según su texto, es responsable de todo daño causado por un defecto de tal empresa o de lo que en ella se produzca, a no ser que pruebe que ha cumplido con el estándar de conducta exigible. Definiendo como defecto toda desviación con respecto a los estándares que son razonablemente exigibles a la empresa o a sus productos o servicios. Probado por el demandante un defecto en la esfera de la empresa y que ese defecto fue la causa del daño, se presumirá la culpa de la empresa, quien deberá rebatir dicha presunción demostrando diligencia y cuidado.

Los PETL acogieron una noción de culpa más o menos objetiva por cuanto no tienen en cuenta las particularidades del agente sino su conducta en relación con un modelo

---

<sup>66</sup> Debe haber imputación causal cuando la situación de la que deriva el daño tiene su origen en la trasgresión por el demandado de una norma que imponga un deber o una obligación de seguridad, además el daño tiene que ser consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento de la norma que persiga un fin de seguridad. STS de 17 de diciembre de 1.964 que exculpa a un conductor de autobús sin carné de su responsabilidad en el daño producido en un accidente por la rotura de la barra de dirección del vehículo, por cuanto la infracción del precepto que obliga a la tenencia de carné, aunque es una exigencia que busca satisfacer un fin de dotar de seguridad en el tráfico. El accidente no se debió a dicha infracción sino a una completamente ajena.

preestablecido situado en sus mismas circunstancias.<sup>67</sup> En su análisis, se prescinde de las particularidades individuales del agente.<sup>68</sup> Cualquier desviación del estándar de conducta (del *bonus pater familias*) se considera como culpa.

El artículo 4:102, al tratar el estándar de conducta exigible, acoge una noción objetiva de culpa más rigurosa al hacer depender el modelo de “la naturaleza y el valor del interés protegido.”<sup>69</sup>

Los PETL consagran asimismo la inversión de la carga de la prueba ante supuestos de daños ocasionados a las resultas de una acción u omisión realizada a través de empleados o auxiliares al desviarse de los estándares de conducta exigibles.

Bajo el término “empresa” quedan cobijadas todas las entidades y organizaciones que operan en el mundo de los negocios, con o sin ánimo de lucro, que de manera permanente desempeñen actividades que impliquen un cierto nivel de coordinación.

---

<sup>67</sup> BARROS BOURIE, E. “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 78. Cumplidas las condiciones subjetivas de la capacidad y de la libertad en la acción, el derecho civil trata al autor del daño como una persona que interactúa con los demás bajo un principio de igual responsabilidad, con la consecuencia de que no puede excusarse alegando su propia inexperiencia o impericia. Haciendo referencia al análisis que se hace para determinar si un sujeto incurrió en culpa. LE TOURNEAU, P. “La Responsabilidad Civil” (trad. de Tamayo Jaramillo, J.), Bogotá, Legis, 2004., p. 127. “El juez no se pregunta: ¿qué habría hecho un hombre prudente y diligente?, sino ¿qué habría hecho ese hombre en una circunstancia determinada y precisa? No se trata de tener en cuenta las circunstancias particulares del agente, quien, por ejemplo, es generalmente imprudente, sino de averiguar cuál habría sido el comportamiento de un buen padre de familia, de la misma edad (incluso de la misma profesión), colocado en una situación comparable.”

<sup>68</sup> WIDMER, ob. cit., p. 105 (nota al pie de página número 8). Algunos miembros del Grupo hubiesen preferido volver a un concepto de culpa más subjetivo y a una distinción más clara entre responsabilidad basada en la culpa y responsabilidad objetiva, pues consideran que es contradictorio adoptar, por un lado, una noción de culpa muy severa —objetiva— que es casi idéntica a la de antijuridicidad, y ser tan extremadamente restrictivo, por otro lado, al aceptar formas de responsabilidad objetiva (verdadera), como es el caso del artículo 5:501 de los Principios.

<sup>69</sup> Capítulo 4. Responsabilidad por culpa Sección 1. Requisitos de la responsabilidad por culpa Artículo 4:101. Culpa Una persona responde con base en la culpa por la violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible. Artículo 4:102. Estándar de conducta exigible (1) El estándar de conducta exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos.



Es importante resaltar que este tipo de inversión en la carga de la prueba sería “legal” pues está consagrada expresamente su operatividad automática para los casos regulados en el artículo 4:202, supuesto que es contrario a lo que ocurre con la presunción del artículo 4:102 sobre actividades peligrosas, que sería de apreciación más discrecional del juez, pues el artículo sólo habla de la posibilidad de invertir la carga de la prueba cuando se verifique la gravedad y el peligro que comporta la actividad dañosa.

## ***CAPÍTULO II***

### ***LA RESPONSABILIDAD DE LA COMPAÑÍA COMO PROVEEDORA DE SERVICIOS MÉDICOS Y LA RESPONSABILIDAD POR ACTO MÉDICO.***

#### ***1.- OBJETO DEL CONTRATO DE ASISTENCIA SANITARIA. OBLIGACIONES DE LA COMPAÑÍA.***

De la póliza o documento que instrumenta el contrato de seguro, se deducen las obligaciones para las partes contratantes, que son quienes se obligan directamente y quienes prestan su consentimiento en el otorgamiento de la misma, es decir el tomador (que puede coincidir con la figura del asegurado o no)<sup>70</sup> y la compañía que es la entidad aseguradora que asume el riesgo contractualmente pactado. En la póliza se reflejan las normas que de forma general, particular o especial regulan las relaciones contractuales convenidas entre las partes.

Aunque el artículo 105 LCS habla de que en los seguros de asistencia sanitaria el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos, el texto refundido de la Ley de Ordenación y supervisión de seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo de 20 de octubre de 2004, prohíbe que la asistencia sanitaria en cuestión sea prestada directamente por la entidad aseguradora, lo que no obsta para que esta concierte acuerdos de colaboración con entidades y profesionales que sí la dispensen. La actividad de la compañía es distinta de la actividad médica y se ciñe a la organización, provisión y financiación del servicio en los términos contractualmente estipulados con el consumidor. La compañía no presta asistencia sanitaria, la facilita, y a tal efecto ha de dotarse de una estructura u organización que la haga posible, de tal forma que se garantice al asegurado afectado por el riesgo que se asegura en la póliza, que de producirse este en las condiciones pactadas, será cubierto por la compañía y el paciente recibirá asistencia sanitaria en condiciones de seguridad y eficiencia.

---

<sup>70</sup> ASUA GONZÁLEZ, C.I. “Tratado de Responsabilidad Civil”. Op cit., p. 715.

Aunque el artículo primero de la LCS, señala que la póliza que suscriben tomador y compañía es un contrato de naturaleza mercantil, nuestro Tribunal Supremo tiene reconocido al igual que la doctrina mercantilista, que el seguro de asistencia sanitaria está insuficientemente regulado en la Ley del Contrato de Seguro y es de gran relatividad, por lo que necesariamente ha de llevarse a cabo su delimitación en cada contrato concreto.<sup>71</sup>

Parte de la doctrina, en sintonía con la mayoría de los condicionados de las compañías, reflejan el hecho de que la póliza es documento que afecta a la propia vida del seguro, de forma que sólo cuando ha sido emitido y aceptado por ambas partes se puede decir que han nacido los derechos y obligaciones que del mismo se derivan. Se ha llegado incluso a calificar como un contrato en el que la forma es requisito “ad solemnitatem”, habida cuenta de la exigencia que se infiere del artículo 5 LCS, de que sus modificaciones y adiciones sean formalizadas por escrito y la relevancia e importancia que da a la póliza el artículo octavo<sup>72</sup> del mismo texto legal.<sup>73</sup> No obstante lo expuesto,

---

<sup>71</sup> STS de 13 de julio de 2002 (RJ 2002,5910).

<sup>72</sup> Artículo 8 LCS: La póliza del contrato deberá redactarse, a elección del tomador del seguro, en cualquiera de las lenguas españolas oficiales en el lugar donde aquélla se formalice. Si el tomador lo solicita, deberá redactarse en otra lengua distinta, de conformidad con la Directiva 92/96, del Consejo de la Unión Europea, de 10 de noviembre de 1992 (LCEur 1992, 3741). Contendrá, como mínimo, las siguientes indicaciones:

1. Nombre y apellidos o denominación social de las partes contratantes y su domicilio, así como la designación del asegurado y beneficiario, en su caso.
2. El concepto en el cual se asegura.
3. Naturaleza del riesgo cubierto.
4. Designación de los objetos asegurados y de su situación.
5. Suma asegurada o alcance de la cobertura.
6. Importe de la prima, recargos e impuestos.
7. Vencimiento de las primas, lugar y forma de pago.
8. Duración del contrato, con expresión del día y la hora en que comienzan y terminan sus efectos.
9. Si interviene un mediador en el contrato, el nombre y tipo de mediador.

Si el contenido de la póliza difiere de la proposición de seguro o de las cláusulas acordadas, el tomador del seguro podrá reclamar a la Entidad aseguradora en el plazo de un mes a contar desde la entrega de la póliza para que subsane la divergencia existente. Transcurrido dicho plazo sin efectuar la reclamación, se estará a lo dispuesto en la póliza. Lo establecido en este párrafo se insertará en toda póliza del contrato de seguro.

<sup>73</sup> GARRIGUES DIAZ CAÑABATE, J. “El Contrato de Seguro Terrestre”, op, cit, p.p. 44 y 99. Afirma que hemos de llegar a la conclusión de que la falta de la póliza tiene por consecuencia que el contrato no produzca obligación ni acción en juicio. Hay que tener en cuenta que el autor se basa en los artículos 383, 52 y 1792 del Código de Comercio le llevan a concluir que una de las características del contrato de

domina en la doctrina y en la jurisprudencia, la idea de que no estamos ante un contrato formal<sup>74</sup>, por lo que la póliza no es un documento de perfección sino de prueba del negocio jurídico que es eminentemente consensual y que despliega efectos

---

Seguro es el formalismo. El autor se reitera en su postura, ya con base en el artículo 5, al tratar la perfección del contrato, cuando afirma que la póliza es un elemento formal inexcusable, sin embargo, en otro momento de su obra (pp. 97 y 98) afirma que la póliza según la Ley de Contrato de Seguro es un simple documento probatorio, así lo demuestran las declaraciones siguientes: a) la exigencia de formular por escrito el contrato se puede cumplir no sólo mediante la entrega de una póliza sino también por un documento de cobertura provisional cosa que significa que el contrato puede empezar a obligar a las partes antes de que se expida la póliza. Por acuerdo de las partes, los efectos del seguro podrán retrotraerse al momento en que se presento la solicitud o se formuló la proposición. Esto significa que si se pacta la retroacción, el contrato se perfecciona, antes de emitir la póliza. En contra, sin embargo, VICENT CHULIA, F., "Compendio crítico de Derecho Mercantil", Volumen II, Edit. Bosch. 3ª Edición. Barcelona. 1990, p. 493 que defiende su carácter formal entendiendo que se perfecciona en el momento de la entrega de la póliza firmada por el asegurador al asegurado. También se muestra partidario de la postura formalista Broseta al afirmar que hasta que la póliza o documento escrito sustitutivo no se expide, ambas partes no quedan jurídicamente vinculadas, lo que hace pensar que hasta ese momento el contrato no existe. BROSETA PONT, M. "Manual de Derecho Mercantil", Edit. Tecnos. Madrid 1994, p. 567. En el mismo sentido TIRADO SUAREZ, F. J. "Lecciones de Derecho Mercantil", Coordinado por MENEZ SANCHEZ, G. J. Editorial Tecnos, sexta Edición, Madrid 2.001, p. 551. SSAP de Navarra de 11 de julio de 2013, (AC 2013, 34982) de Madrid de 25 de enero de 2005 (AC 2005, 380), de Vizcaya de 21 de enero de 2000 (AC 2000, 365).

<sup>74</sup> SSTs de 30 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 3519) en relación con la de 22 de Diciembre de 1.990 (RJ 1.990/10364), que aclara que la exigencia formal que establece el artículo 5 de la Ley de Contrato de Seguro no integra un supuesto de forma "ad solemnitatem" o "ad substantiam", y permite que excepcionalmente se pueda probar la existencia del contrato de seguro por otros medio. Igualmente STS de 16 de Febrero de 1.994 (RJ 1.994/1617), en la que se afirma que los requisitos formales del artículo 5 de la Ley del contrato de Seguro no lo son "ad substantiam" sino sólo "ad probationem", sin perjuicio de que la existencia del seguro pueda ser probada de forma distinta a la prevista en dicho precepto; abundando además la primera que la exigencia formal que establece el artículo 5 de la Ley de Contrato de Seguro no integra uno de los pocos supuestos admitidos en nuestro ordenamiento de forma "ad solemnitatem" o "ad substantiam" pues en puridad técnica sólo es "ad probationem" y aún con esa función ello no impide que pueda probarse en supuesto excepcional la existencia de algún contrato de seguro o de modificaciones en el mismo aunque no aparezca cumplimentado el requisito formal. Por su parte la Sentencia TS de 27 de Noviembre de 1.991 (RJ 1.991/8496) habla de que el contrato de Seguro es un pacto de índole contractual y la de fecha 7 de Enero de 1.982 (RJ 1.982/184) aclara que no puede sostenerse el carácter constitutivo de la póliza. También en la jurisprudencia existen posturas contrarias a la libertad de forma y así y tras la promulgación de la LCS, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Mayo de 1.988 (RJ 1.988/4330), que afirma que el principio consensualista propio de nuestro ordenamiento positivo y la concurrencia inicial de los requisitos esenciales de los contratos no permite obviar en materia de los de seguro la exigencia de suscripción de la póliza correspondiente o al menos de la proposición del seguro debidamente firmado por el asegurado. En el mismo sentido Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de Febrero de 1.990 (AR 1.990/724), 7 de Abril de 1.994 (AR 1.994/2730) que expone que la formalidad escrituraria es exigible si bien en algún caso excepcional podrá acreditarse el perfeccionamiento del contrato por otros medios y la de 29 de Octubre de 1.997 (AR 1.997/7342).

aun antes de la emisión de la propia póliza, (proposición de seguro frente a solicitud, art. 6 LCS, documento de cobertura provisional art. 5 LCS) e incluso después, aunque la póliza no conste o no esté firmada, pues puede acreditarse la existencia cierta y real del seguro, mediante otros actos que así lo evidencien (pago de la prima, actos propios reconocedores del seguro, entre otras)<sup>75</sup>.

Precisamente ese carácter *ad probationem* determina que el artículo 5 LCS deba interpretarse como un precepto que fundamentalmente despliega una función tuitiva o de protección del asegurado, y en consecuencia, impone al asegurador la obligación de entregar la póliza.<sup>76</sup>

Todo ello sin perjuicio de que en algunas modalidades asegurativas, como es el caso del Seguro Marítimo, se rompa esta regla general y, por excepción<sup>77</sup>, se imponga la forma escrita.

El artículo 61 del Texto Refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLUCU)<sup>78</sup>, integra en el contenido obligacional del contrato la oferta, promoción y

---

75 SSTs de 22 de diciembre de 1995 (RJ 1995,883) , y 16 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1617), entre otras.

<sup>76</sup> URÍA, R. "Derecho Mercantil". Editorial Marcial Pons, vigésima octava edición, Madrid 2.002. p.762. "El asegurador tiene el deber de entregar un ejemplar al tomador del seguro, lo cual supone la existencia de un contrato válido". ALONSO DE SOTO en AA.VV "Enciclopedia Jurídica Básica" Dir. MONTOYA, A., Vol. IV, Madrid Civitas, 1.994, P. 6138; PÉREZ SERRABONA: "El contrato de Seguro. Interpretación de las condiciones generales"; Granada, Comares, 1.993, P.p. 118 y ss; LA CASA GARCÍA, R. "Carácter consensual del contrato de seguro y control administrativo sobre las pólizas (Reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3, de 27 de Diciembre de 2.000)"; Cit p.. 86 y SANCHEZ CALERO, F. "Artículo 5. Obligación de entrega de la póliza" en "Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1.980, de 8 de Octubre y a sus modificaciones". Op. cit. p. 131 y que defiende la consensualidad del contrato en los siguientes términos "la LCS ha exigido la formalización por escrito del contrato de seguro como medio de prueba del mismo y también para conocer los términos precisos de la asunción de la obligación de cobertura del riesgo por parte del asegurador y del conocimiento de su normativa, de manera que el documento ha de entenderse como acto de fijación y reproducción del contrato, sin ser un requisito necesario para su validez o eficacia con lo que la Ley ha seguido el principio de considerar al contrato de seguro como consensual, cumpliendo la forma escrita las funciones indicada.

<sup>77</sup> SANCHEZ CALERO, Fernando (dir). "Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1.980, de 8 de octubre y a sus modificaciones". op. cit. p. 132. "La obligación de entrega de la póliza deriva del contrato y sólo puede justificarse admitida su consensualidad. El principio de libertad de forma no se altera en el negocio jurídico asegurativo si bien si lo hace en modalidades concretas como el seguro marítimo, en el que la póliza se muestra como requisito de validez. Artículo 737.1 del Código de Comercio."

publicidad realizada en su antecedente, integración “ex lege” que busca dotar de mayor protección al consumidor en el tráfico,<sup>79</sup> a las resultas de la apariencia que la promoción y oferta del servicio despierta en los usuarios contratantes).<sup>80</sup>

El contrato de seguro que suscriben asegurado y compañía se configura además de consensual, como un contrato sinalagmático, oneroso, aleatorio, de buena fe, tracto sucesivo y asimétrico<sup>81</sup>.

El contrato es aleatorio porque mientras que el tomador debe pagar la prima en todo caso, el asegurador sólo debe cumplir su parte del negocio jurídico si sucede el evento previsto en la póliza (el riesgo),<sup>82</sup> y es asimétrico porque, aunque existe reciprocidad de prestaciones, existe un desequilibrio entre las partes que implica una subordinación contractual del consumidor. Para que la asimetría no se convierta en una alteración de

---

<sup>78</sup> “La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación. 2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.”

<sup>79</sup> Entre muchas otras SSTs de 14 de julio de 2010 (2010, 6039) y 17 de octubre de 2007 (RJ 2008,11).

<sup>80</sup> Por todas: SSTs de 4 de octubre de 2.004 (RJ 2004/6066): “la prueba evidencia que promocionaba sus servicios, no sólo destacando las ventajas de los mismos (la elección de médico de entre los incluidos en su lista y el pago por su parte de cada acto asistencial), sino también garantizando expresamente una correcta atención al enfermo. Prestación de garantía incluida en la oferta de contrato y, al fin, en la reglamentación negocial, de acuerdo con las normas de protección de los consumidores, que resultó incumplida, como se ha señalado antes.” 19 de junio de 2.001 (RJ 2001/4974), que está en la misma línea al recoger que la entidad recurrente “asumió, además del pago de los gastos médicos, la efectiva prestación de la asistencia sanitaria por medio de los facultativos, los medios y en las condiciones y requisitos que la póliza detallaba, los cuales no eran de absoluta libre elección por la demandante asegurada, de modo que ésta se vio en la necesidad de limitar su decisión al cuadro de centros y profesionales que le fue ofrecido.” y 2 de noviembre de 1.999 (RJ 1999/7998): “el seguro se contrató en atención a la garantía de la calidad de los servicios que representa el prestigio de la compañía, con lo que sus obligaciones abarcan más allá de la simple gestión asistencial.”

<sup>81</sup> GONZALEZ-BUENO LILLO, G. “Hacia nuevas formas de vender seguridad a través de las prestaciones de asistencia.” Revista española de seguros número 39. Julio-Septiembre 1984, p.460. BARAHONA ARCAS, M. D., “La adaptación del seguro al progreso. La asistencia: ¿Seguro?”. Conferencia pronunciada en Madrid el 5 de mayo de 1987. Biblioteca SEAIDA, pp. 5 a 8.

<sup>82</sup> URÍA, R.. “Derecho Mercantil”, Editorial Marcial Pons, vigésimo octava edición, Madrid 2.002. p. 761. Describe el contrato de Seguro como un contrato bilateral o sinalagmático perfecto, si bien expone que por regla general y salvo pacto en contrario, si el tomador del seguro no paga la prima antes de que se produzca el siniestro, el asegurador queda exonerado de su obligación.

la bilateralidad, el asegurador, producido el riesgo previsto en la póliza, habrá de dispensar asistencia sanitaria de modo inmediato, pues ha percibido previamente la contraprestación de su contraparte en el negocio jurídico. En caso contrario habría incumplimiento contractual<sup>83</sup>.

Es un convenio de adhesión,<sup>84</sup> lo que implica que la compañía mantiene una posición de prevalencia frente al consumidor,<sup>85</sup> y la adhesión del asegurado al sistema de provisión de asistencia sanitaria de la compañía aseguradora. Además utiliza como técnica de elaboración contractual, las condiciones generales de contratación. No todos los contratos de adhesión incluyen condiciones generales de contratación, pueden existir contratos de adhesión particulares lo que implica que no existe negociación individual de sus cláusulas, pero en el caso de las pólizas sanitarias, las compañías elaboran un producto con la finalidad de su contratación en masa, por lo que predisponen un condicionado que incorporan a una pluralidad de contratos con la finalidad de que sean aceptados por los contratantes.

Recoge la Exposición de Motivos y el artículo primero de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación que esta circunstancia o asimetría contractual, no convierte el clausulado en abusivo. La cláusula o el conjunto de ellas

---

<sup>83</sup> SANCHEZ CALERO, F. (dir). "Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1.980, de 8 de octubre y a sus modificaciones". Ed. Thomson Aranzadi, tercera edición, Navarra 2.005. p. 40 Expone la situación en los siguientes términos: "Surge una relación sinalagmática entre ambas prestaciones que nace desde el momento en que el contrato de seguro produce sus efectos materiales ya que desde ese momento asume el asegurador el riesgo o, si se quiere, se produce la cobertura del riesgo que se vincula a la obligación de pago de la prima por el tomador del seguro.

<sup>84</sup> ROSILLO FRAILÉN, A., "La configuración del contrato de adhesión con consumidores". Ed. La Ley. 2010., pp. 63 y 64. DE ANGEL YAGÜEZ, R. "La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos". Estudios sobre derecho de consumo, Bilbao 1.994, pág. 61. <sup>84</sup> DÍEZ-PICAZO, L., "Una nueva doctrina general del contrato?" Anuario de Derecho Civil 1993, pp. 1716 a 1718.

<sup>85</sup>Vid por todos SANCHEZ CALERO, F. "Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1.980, de 8 de Octubre ya sus modificaciones". Op. cit. p. 77. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Julio de 1.992 (RJ 1.992/6448) "los contratos de seguro pertenecen al genero negocial de los denominados contratos de adhesión, en cuanto sus condiciones tanto generales como especialmente las complementarias vienen predeterminadas por las compañías aseguradoras limitándose la intervención del asegurado a la firma del contrato. Sobre su condición de contrato de adhesión: SSTs de 9 de julio de 2012 (RJ 2012, 8605), 22 de Enero de 1.999 (RJ 1.999/4). SSAP de Zamora de 19 de julio de 2011 (AC 2011, 2081), de Ciudad Real de 18 de febrero de 2010 (AC 2010, 376).

será abusivo cuando “en contra de las exigencias de la buena fe cause en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales.”

Pese al tratamiento unitario que la legislación concede a la póliza de seguro, en la práctica es frecuente distinguir partes diferenciadas de ella, cuya denominación está íntimamente ligada a su contenido. En este sentido, puede hablarse de condiciones generales, condiciones particulares y condiciones especiales.

Las condiciones generales reflejan el conjunto de principios básicos que establece el asegurador para regular todos los contratos de seguro que emita en el mismo ramo o modalidad de garantía. En tales condiciones suelen establecerse normas relativas a la extensión y objeto del seguro, riesgos excluidos con carácter general, condiciones del servicio o asistencia contratada, en su caso pago de indemnizaciones, cobro de recibos, comunicaciones mutuas entre asegurador y asegurado, jurisdicción, subrogación, etc.

Las condiciones particulares recogen aspectos concretamente relativos al riesgo individualizado que se asegura y en particular los datos de identificación de las partes contratantes, designación del asegurado y beneficiario, en su caso, enfermedades o tratamientos cubiertos, importe de la prima, recargos e impuestos, vencimiento de las primas, así como lugar y forma de pago y duración del contrato, con expresión de cuando comienzan y terminan sus efectos, o vigencia de las prestaciones, que no siempre coincide con la vigencia del seguro.<sup>86</sup>

Finalmente, junto a las condiciones generales y particulares, se encuentran las condiciones especiales, cuya misión más frecuente es matizar o perfilar el contenido

---

<sup>86</sup>El período de carencia, es el plazo de tiempo que debe transcurrir, desde que entra en vigor la póliza de salud contratada hasta que las coberturas o garantías se hacen realmente efectivas. A modo de ejemplo reflejamos los periodos de carencia especificados en el condicionado de Aegón Seguros de salud: Asistencia a partos y amniocentesis precoz en embarazo de riesgo definido en la condición general primera: Período de carencia 8 meses. Balón intragástrico: el periodo de carencia un año. Estudio y diagnóstico de esterilidad o infertilidad: periodo de carencia de un año. Fotovaporización prostática con láser verde: Un año. Homeopatía: Seis meses. Indemnización diaria por estancia en hospital tras intervención quirúrgica a través de cuadro médico concertado: 6 meses. Podología: Tres meses. Preparación al parto: Diez meses. Planificación familiar: un año. Psicología: 6 meses. Transplantes: 1 año. Tratamientos de infertilidad: dos años.



de algunas normas recogidas en aquellas. En esta línea, el establecimiento de franquicias a cargo del asegurado, la supresión de algunas exclusiones y la inclusión de otras nuevas, son condiciones de este tipo frecuentes en las pólizas.

El concepto de cláusula contractual abusiva puede darse tanto en condiciones generales, como particulares o especiales, debiendo no obstante matizar por aplicación del artículo sexto de la Ley 7/98 que en caso de contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para el contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares.

La Ley exige en su artículo quinto que las condiciones generales no tengan carácter abusivo y que “formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez.” Asimismo determina como requisito para su incorporación al contrato, que sean aceptadas por el adherente y sean firmadas por los contratantes, exigiéndose que todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas. Esta previsión aparece también contemplada en los artículos 3<sup>87</sup> y 8 LCS y artículo 83 del TRLCU.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> Al referirse a las condiciones generales del contrato de seguro, establece que las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito. Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley. Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas.

<sup>88</sup> Redactado por el apartado veintisiete del artículo único de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.”

El precitado artículo tercero de la Ley 7/98, en su párrafo segundo señala que “no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.”

En caso contrario, el principio «pro asegurado»<sup>89</sup> que subyace en la Ley, determinará su régimen de no incorporación.

El carácter profesional de las compañías aseguradoras hacen suponer un mayor conocimiento del funcionamiento del sector y sus problemas y por tanto un especial conocimiento y previsión a la hora de definir el conjunto de cláusulas que someten a la aceptación del tomador, por ello se ha de ser más exigente en cuanto al cumplimiento escrupuloso de la póliza, no pudiéndosele admitir situaciones de confusión o abuso que acontece en determinados casos entre aseguradoras y asegurados, en concreto en lo relativo a las llamadas cláusulas limitativas, pues perfectamente conocen su alcance y circunstancias.<sup>90</sup>

La doctrina jurisprudencial<sup>91</sup> viene distinguiendo las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado de aquellas otras que tienen por objeto delimitar el riesgo,

---

<sup>89</sup> SSAP de Madrid de 26 de enero de 2012 (JUR 2012, 59298) y de Zamora de 24 de mayo de 2007 (JUR 2007, 295376).

<sup>90</sup> SAP de Zamora de 19 de julio de 2011 (AC 2011, 2081), de Madrid de 29 de marzo de 2010 (AC 2010, 1210).

<sup>91</sup> SSTs de 28 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 3403): El supuesto que se plantea es una reclamación de cantidad contra la compañía aseguradora a las resultas de un incendio en el domicilio del tomador y de su esposa en el que fallece la madre de la esposa del tomador. Contra la negativa de la compañía se alega que la cláusula de la póliza que determinaba la exclusión en la cobertura de los ascendientes del tomador y asegurado, era una cláusula limitativa de los derechos de los asegurados. El Tribunal deniega esa pretensión al considerar que la cláusula no es limitativa sino delimitadora del contrato, ya que la cláusula no restringe, condiciona o modifica el derecho del asegurado sino sólo determina qué riesgo cubre que el contrato, concreta el objeto del contrato, fijando qué riesgos son el objeto del seguro, determina cuando surge en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla. La STS de 1 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1510) por su parte sentencia el carácter limitativo de una cláusula de un seguro de vida por generar oscuridad o ambigüedad en perjuicio de los derechos del asegurado. La cláusula señalaba como objeto de cobertura la invalidez absoluta. El asegurado sufre un infarto agudo de miocardio y el INSS dictamina la invalidez permanente del sujeto. La aseguradora niega la indemnización por entender que el dictamen no especifica que está impedido para la realización de cualquier trabajo que es lo que se entiende por invalidez absoluta. El Alto Tribunal sentencia que la «invalidez absoluta», de ordinario ha de considerarse asimilable al grado de

susceptibles de ser incluidas en las condiciones generales y respecto de las cuales basta con la firma del asegurado en la póliza.

Las delimitativas pertenecen al ámbito de la autonomía de la voluntad, constituyen la causa del contrato y el régimen de los derechos y obligaciones del asegurador, y no están sujetas a los requisitos impuestos por la Ley a las limitativas, conforme el artículo tercero de la LCS, puesto que la exigencia de este precepto no se refiere a una condición general o a sus cláusulas excluyentes de responsabilidad de la aseguradora, sino a aquellas que son limitativas de los derechos del asegurado.<sup>92</sup>

La cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la prestación sanitaria una vez que el riesgo objeto del seguro se ha

---

incapacidad permanente absoluta, pues la situación de dependencia de otra persona tiene una denominación propia y específica, que se denomina «gran invalidez», que es una situación de incapacidad cualificada y especialmente grave, por cuanto supone la falta de autonomía del sujeto, necesitado de asistencia por otra persona para realizar los actos de la vida cotidiana, siendo frecuente y conocida la distinción entre la invalidez diríamos común, y la gran invalidez, caracterizada por la dependencia de otras personas para los actos más esenciales de la vida. La aseguradora al negar la prestación restringe la cobertura a situaciones de gran invalidez, rezando en la póliza el concepto «invalidez absoluta» y de «accidente por invalidez». El Tribunal concluye que se restringe el contenido normal del concepto invalidez absoluta en perjuicio del derecho del asegurado por lo que debe ser considerada cláusula limitativa. En la STS de 5 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2521) plantea un supuesto similar de restricción interpretativa de la compañía a la situación de invalidez permanente de un camarero. La STS de 17 de marzo 2006 (RJ 2006, 5639), sostiene que no es cláusula limitativa sino delimitadora la que determina la exclusión de responsabilidad de la compañía en caso de accidente de buque cuando quede acreditada la impericia o imprudencia de la tripulación en dicho accidente, más aún cuando dicha cláusula fue pactada libremente por las partes al concertar la póliza de seguro. La STS de 11 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6576), determina el carácter delimitativo de la cobertura y no limitativo del derecho del asegurado la cláusula de limitación económica de cobertura sita en cláusula particular cuando las condiciones generales no la especificaban. Y así podemos citar otras tantas que fijan la diferencia entre cláusulas delimitadoras y limitativas con la misma fundamentación, así citamos SSTs de 30 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 179), 23 de octubre de 2002 (RJ 2002, 8971), 16 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3579) y 16 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9195), entre otras. Por su parte la SAP de Ciudad Real de 28 de noviembre de 2012 (JUR 2013, 8869) concluye que es cláusula delimitadora del riesgo contratado y no limitativa aquella que contiene una privación temporal de una cobertura que previamente ha sido pactada por las partes.

92 SSTs de 28 de noviembre de 2012 (RJ 2012,3403), 20 de julio de 2011 (RJ 2011,6126).

producido, y la cláusula de exclusión de riesgo es la que especifica qué clase de ellos se ha constituido en objeto del contrato.<sup>93</sup>

Son cláusulas limitativas, y citamos a efectos ilustrativos, que se incluya el servicio de urgencias única y exclusivamente en los centros del cuadro médico que entregue la compañía al asegurador o la que sólo incluya la rehabilitación o fisioterapia si ha sido prescrita por un médico perteneciente al cuadro médico de la compañía.<sup>94</sup> Asimismo la exclusión de asistencia sanitaria que esté cubierta por el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales o la exclusión de asistencia sanitaria de las lesiones producidas a causa de embriaguez, autolesiones o intentos de suicidio, o la limitación territorial de los servicios.<sup>95</sup> También la previsión en cláusula contractual de que la cobertura no comienza hasta que no se reciba la póliza sería limitativa de los derechos del asegurado, por lo que requeriría aceptación expresa, ya que supone una incertidumbre del tomador que desconocería cuando se inicia su cobertura.<sup>96</sup>

Las cláusulas delimitadoras del riesgo son, pues, aquellas mediante las cuales se concreta el objeto del contrato, fijando qué riesgos, o enfermedades en caso de

---

93 SSTS 17 de marzo 2006 (RJ 2006, 5639), 11 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6576), 30 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 179).

94 FERNÁNDEZ DOMINGO, J. Artículo “Cláusulas limitativas y seguro”. Revista de la Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, nº 31, 3º trimestre 2009.

95 SSTS de 20 de julio de 2011 (RJ 2011, 6126), 1 (RJ 2007, 1510) y 5 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2521).

96 URÍA, R. “Derecho Mercantil”. Op. cit. p. 761. En contra se manifiesta LA CASA GARCÍA, R. (“Carácter consensual del contrato de seguro y control administrativo sobre las pólizas (Reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3, de 27 de Diciembre de 2.000); en AAVV: “Cuestiones Actuales del Derecho de Seguros”, coord. DE ANGULO RODRIGUEZ, L. y CAMACHO DE LOS RIOS, J. Ed. Atelier, Barcelona 2.002, pp 90 a 94). que, en base a la imperatividad de la Ley de Contrato de seguro sostiene la ilicitud de la condición general que determine que la póliza se perfecciona por el consentimiento mediante su firma por ambas partes, si bien y como afirma el propio autor, asegurador y tomador pueden ponerse de acuerdo- al amparo de lo dispuesto en el artículo 8.1.8 LCS- sobre el comienzo de la duración, en el sentido de situar el inicio de la cobertura en un momento posterior al de la propia perfección del contrato: por ejemplo, en el instante de la suscripción de la póliza, si la relación aseguradora se concertó con anterioridad en virtud de la vigencia del principio espiritualista. Con lo cual, desde el punto de vista práctico vienen a conseguirse resultados muy similares a los perseguidos mediante la pretendida configuración formal del contrato por vía convencional. LA CASA GARCÍA, R. “Carácter consensual del contrato de seguro y control administrativo sobre las pólizas (Reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3, de 27 de Diciembre de 2.000); en AAVV: “Cuestiones Actuales del Derecho de Seguros”, coord. DE ANGULO RODRIGUEZ, L. y CAMACHO DE LOS RIOS, J. Ed. Atelier, Barcelona 2.002, pp 90 a 94.

producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación sanitaria, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla.<sup>97</sup>

Ya explicamos que la compañía aseguradora, a pesar de asumir la asistencia sanitaria, despliega una actividad organizativa y de provisión del servicio. La prestación sanitaria en el ámbito de los seguros privados representa un complejo esquema jurídico con variedad de relaciones jurídicas,<sup>98</sup> que no se presentan como independientes o desconectadas entre sí. En consecuencia, lo normal es que concurran, al menos, tres “causas” distintas susceptibles de ser conectadas con los daños infligidos:<sup>99</sup> la actuación de la compañía, la acción u omisión del médico o facultativo y, por último, el comportamiento del paciente. Para ser más exactos, tres “riesgos” distintos, en algunos casos contrapuestos, con fundamentos diversos, que interactúan y se manifiestan durante el funcionamiento del servicio sanitario.

## **2.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA COMPAÑÍA. LA REGULACIÓN CONTENIDA EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY PARA LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.**

### **2.1.- Supuestos en los que la Compañía asume la prestación directa de la asistencia sanitaria.**

Los modelos de gestión empresarial que acometen las compañías aseguradoras tienen diverso alcance, porque diversa es su dimensión y su disposición de recursos. Hay grandes compañías que compran hospitales y contratan al personal médico y de enfermería que va a atender a sus asegurados, y las hay que conciertan con centros hospitalarios o centros médicos y/o con facultativos la inclusión de estos en su cuadro médico, ya sea con exclusividad o sin ella. Ahora bien, todas ellas, grandes o pequeñas, explotan un ramo de negocio que tiene como fin la organización de un sistema de

---

<sup>97</sup>PARDO GATO, J.R., “Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión: Análisis legislativo y jurisprudencial”, Dijusa, 2004, pp 15 a 37.

<sup>98</sup> Compañía/asegurado, médico/asegurado y Compañía/médico.

<sup>99</sup> SALVADOR CODERCH,P., “Causalidad y responsabilidad”, InDret, 1/2000, [<http://www.indret.com>],, p.2. El autor habla de dos causas refiriéndose a la relación médico sanitaria en sentido estricto: la actuación del servicio y el factor reaccional del paciente.

provisión de servicios sanitarios a favor de los asegurados, actividad que es diversa de la desempeñada por los profesionales sanitarios vinculados a estas, sean contratados laborales o civiles.

El Texto Refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLUC) aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre modificado por la Ley 3/2014, recoge en su artículo 148, bajo la rúbrica “régimen especial de responsabilidad”, que el proveedor, y la compañía aseguradora es proveedora, o si se quiere facilitadora de servicios sanitarios, dispense la asistencia en sus hospitales o en hospitales externos con los que haya concierto, “responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad<sup>100</sup>, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario”, incluyéndose en todo caso los servicios sanitarios.<sup>101</sup>

Conviene analizar el alcance del artículo y fundamentalmente concluir, si agota por sí solo, el régimen de responsabilidad de las compañías de seguro sanitario o por el contrario se muestra insuficiente para explicarlo.

Tradicionalmente, en responsabilidad civil, quien ha pretendido la reparación frente a un daño sufrido necesita fundamentar su pretensión en una “razón suficiente”,<sup>102</sup> que le legitime para ello, y esta razón ha descansado en el principio de culpa (*casus sentit*

---

100 El artículo 11 del Texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007 modificado por la Ley 3/2014 de 27 de marzo) señala que “los bienes o servicios puestos en el mercado deben ser seguros., considerándose seguros los que en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración, no presenten riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas, o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas”. (teoría del riesgo permitido con singularidades en el ámbito estrictamente sanitario). La terminología es más restringida que la empleada en el Programa Preliminar de la CEE que de forma taxativa indicaba “los ...servicios puestos en el mercado en circunstancias normales no deben presentar peligro o riesgo alguno para la salud o su seguridad”.

<sup>101</sup> DIAZ REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C. “Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria”. InDret. Barcelona, 2003., pp.5 y ss.

<sup>102</sup> REGLERO CAMPOS, L.F. “Tratado de Responsabilidad civil” Tomo I. Thomson. Aranzadi. 2008., p. 248.

*dominus*), de manera que las consecuencias de un suceso accidental o fortuito habían de ser soportadas por quien las sufría.<sup>103</sup> El criterio tradicional en virtud del cual el concepto de culpa se ha identificado fundamentalmente con el elemento subjetivo de la responsabilidad, caracterizado por la negligencia, impericia o imprudencia que merece un reproche moral en la idea de prevenir eventuales comportamientos dañosos y la idea de que no puede haber responsabilidad si no hay dolo o culpa en el agente, sufrió el embate de la revolución industrial y el maquinismo con la proliferación de accidentes laborales, frente a los cuales la técnica legislativa y jurisprudencial basada en la culpa quedaba muchas veces corta.<sup>104</sup>

La responsabilidad que pasa a propugnarse es la responsabilidad objetiva del empresario, sobre la base del principio “*cuius commoda, eius incommoda*”, según el cual, aquel que emprende una actividad generadora de riesgos para terceros<sup>105</sup> con el exclusivo propósito de obtener un beneficio, ha de soportar los daños que de tal actividad se deriven, aunque hayan sobrevenido sin su culpa.<sup>106</sup> Doctrinalmente también se denomina a dicho fenómeno “riesgo inherente al servicio”.<sup>107</sup>

La ley autoriza el desarrollo de actividades que suponen riesgos, aunque sean potencialmente generadoras de daños, por considerarlas beneficiosas, no sólo para la propia empresa, sino para la sociedad en su conjunto, lo que trae consigo la implantación de un sistema de seguridad que no es otra cosa que la garantía de

---

<sup>103</sup> DIEZ PICAZO, L. “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”. Anuario de Derecho Civil 2001. p. 1027.

<sup>104</sup> A finales del s. XX los Estados Modernos promulgan las primeras leyes de accidentes de trabajo en el que se introducen criterios diversos de los sustentados en la culpa sobre la base de que el criterio tradicional resultaba insuficiente para resolver determinadas situaciones en las que era necesario proporcionar una mayor protección a la víctima y dotar de fundamento a las nuevas corrientes de la actividad económica: la responsabilidad por el ejercicio de una actividad peligrosa y la responsabilidad el empresario por los accidentes sufridos por sus dependientes, ya que la doctrina de la culpa no resolvía adecuadamente el problema de los daños causados en el ejercicio de la industria.

<sup>105</sup> STSJ del País Vasco de 8 de enero de 2002 (AC 2002/2452). “La llamada doctrina del riesgo objetiva la responsabilidad, al imponer a quien maneja dispositivos que entrañan riesgo para los demás, la obligación de asumir la indemnización del daño producido.” En el mismo sentido STS de 19 de abril de 1999 (RJ 1999,4528)

<sup>106</sup> PACHIONI “Diritto Civile”. 1940., pp. 211 y ss.

<sup>107</sup> BELADIEZ ROJO, M. “Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios Públicos”. Tecnos, Madrid, 1997., p. 103.

indemnización o reparación frente al riesgo que genera este tipo de actividades económicas.<sup>108</sup> De ahí, que la responsabilidad objetiva no es norma general y ha de aplicarse con un sentido limitativo, especialmente si se propugna como sistema exclusivo de imputación, no a todas las actividades de la vida, sino sólo a las que impliquen un riesgo anormal en relación con los estándares medios.<sup>109</sup>

Así, sólo determinadas actividades que se conceptúan como anormalmente peligrosas o ajenas al uso común, podrían ser denominadas como de responsabilidad objetiva en sentido estricto, donde los criterios de imputabilidad de responsabilidad por hecho dañoso están desprovistos de toda idea de culpa. Es el caso de la responsabilidad en materia de navegación aérea,<sup>110</sup> la responsabilidad en la navegación marítima,<sup>111</sup> o la responsabilidad por daños causados por energía nuclear.<sup>112</sup>

---

<sup>108</sup> REGLERO CAMPOS, L.F. “Tratado de Responsabilidad civil” Tomo I. Thomson. Aranzadi. 2008., p. 267.

<sup>109</sup> STS de 20 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2244). “Uso no común” en terminología del capítulo quinto de los PETL.

<sup>110</sup> La Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea regula la responsabilidad por daños en el transporte, dentro del territorio nacional, de viajeros, equipajes y mercancías, y los que se causen a personas o cosas en la superficie terrestre, por acción de la aeronave o cuanto de la misma se desprenda o arroje (arts. 115 a 119). La razón de indemnizar tiene su *base objetiva* en el accidente o daño, y procederá en cualquier supuesto (art. 120). Transportista u operador responderá de sus propios actos y de los de sus empleados... (art. 121). Caso de colisión entre aeronaves, si la culpa fuere común, indeterminada, o por caso fortuito, cada empresario responderá en proporción al peso de la aeronave (art. 123). El Convenio sobre responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972 (ratificado por España en 1980), atribuye al Estado de lanzamiento la responsabilidad absoluta por los daños en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo (art. 2). En la actualidad, la materia se rige por el Reglamento (CE) nº. 2027/97, Consejo de 9 de octubre de 1997, de responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, el cual, al igual que la ley de 1960, regula un sistema de responsabilidad objetiva.

<sup>111</sup> El Protocolo de 2002, de revisión del Convenio de Atenas de 1974 (ratificado por España en 1987), establece un régimen de responsabilidad objetiva del transportista en caso de muerte o lesiones de pasajeros causados por “un suceso relacionado con la navegación” (naufragio, abordaje, incendio, deficiencia del buque...). En pérdida o daños de equipajes, se presume la culpa o negligencia. En cualquier otro caso incumbe al demandante demostrar culpa o negligencia. El Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños debidos a contaminación de hidrocarburos, de 1969, modificado por Protocolo de 1992 (CLC 92), impone la responsabilidad objetiva al propietario del buque.

<sup>112</sup> La Ley de Energía Nuclear de 1964, responsabiliza de los daños nucleares al explotador de una instalación nuclear u otra que produzca o trabaje con materiales radiactivos, o cuente con dispositivos que puedan producir radiaciones ionizantes. Esta responsabilidad es objetiva, y hasta el límite de cobertura legal. Si el explotador prueba que la persona que los sufrió contribuyó a ellos o los produjo por culpa o negligencia, el Tribunal podrá exonerar total o parcialmente al explotador de la obligación (art. 45).



La provisión de asistencia sanitaria privada a los consumidores, constituye un ámbito de actividad en el que se afectan derechos y bienes esenciales de las personas como la salud y la vida, lo que exige la concurrencia de unas medidas de control y seguridad que se valoran en términos de responsabilidad objetiva. La prestación de servicios médicos o quirúrgicos privados conforme a ley, implica que la asistencia sanitaria privada ha de ajustarse a parámetros idénticos a los que rigen para la sanidad pública.<sup>113</sup> Estos parámetros hablan de eficacia y seguridad<sup>114</sup> en “condiciones objetivas de determinación”, es decir, con los niveles de exigencia vigentes en el mercado y en la sociedad.

La responsabilidad objetiva de las compañías sanitarias encuentra su justificación a través de la idea previa de deber jurídico,<sup>115</sup> siendo presupuesto de imputación, que el daño se origine en “el correcto uso de los servicios” contratados en la póliza.<sup>116</sup> Servicios que están sujetos a controles técnicos de calidad que impiden o deben impedir, de suyo y por regla general, errores, infecciones y/o complicaciones subsiguientes a una intervención en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio, y deben contribuir a su inmediato control y tratamiento. Cuando los controles fallan de manera no precisada, o bien dejan de funcionar por razones atípicas en relación con determinados sujetos, ello comporta la responsabilidad de la entidad aseguradora como última garante de la seguridad y salubridad del servicio ofertado y contratado, que es dispensado por profesionales incluidos en los cuadros facultativos de las compañías.<sup>117</sup>

---

113 BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. “La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios”. Estudios jurídicos sobre protección de consumidores. Tecnos. 1.987, pág. 230.

114 STS de 18 de marzo de 2004 (RJ 2004,1823).

115 DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., “Sistema de Derecho Civil”. Volumen II. Ed. Tecnos. 2012, pp. 119 y 120.

116 PANTALEÓN PRIETO, F: “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en AA.VV, Centenario del Código Civil (1889-1989), t. II, Madrid, 1990., pp. 1560 y ss. DÍAZ-REGAÑON GARCÍA-ALCALÁ Calixto, “Responsabilidad objetiva y nexo causal”, Comares, Granada, 2.006, págs. 86 y ss.

<sup>117</sup> DÍAZ-REGAÑON GARCÍA-ALCALÁ Calixto, “Responsabilidad objetiva y nexo causal”, Comares, Granada, 2.006, p.p. 86 y ss.

El título de imputación del daño al agente en responsabilidad objetiva es distinto de la culpa o el riesgo provocado, lo que no significa que se es responsable en cualquier caso por la sola verificación del hecho dañoso. El agente solo se exonera si prueba la ruptura del nexo de causalidad, ya hablemos de fuerza mayor, entendida como hecho imprevisible, externo y ajeno a la acción u omisión del agente o de culpa exclusiva de la víctima, causa ajena.

Si defendemos que la actividad de la compañía es esencialmente asegurativa y diferente del acto médico en sentido estricto (hecho ajeno), se hace necesario establecer un nexo causal entre este y aquella precisamente para que pueda ser imputado el resultado lesivo a la compañía, con independencia de que sea atribuible a la acción u omisión culposa del facultativo.<sup>118</sup> Lo importante es que la acción u omisión del médico sea consecuencia de la prestación del servicio por la compañía.

En el seguro de asistencia sanitaria el asegurador se obliga a prestar "directamente" los servicios de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria, ya sea en su caso a través de sus propios centros médicos y personal facultativo adscrito a los mismos, o ya por medio de terceros profesionales concertados con la aseguradora a través de un contrato de arrendamiento de servicios. Al respecto, nuestra jurisprudencia presenta posiciones encontradas:

a.- Parte de la doctrina distingue entre aseguradoras con cuadro facultativo propio (cuando la aseguradora ofrece a sus asegurados directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos en centros hospitalarios de su titularidad donde trabaja el personal sanitario que asiste al asegurado) y aseguradoras sin cuadro facultativo propio (donde se limita a poner a disposición del asegurado una lista o cuadro de profesionales de la medicina y de centros hospitalarios entre los que aquél puede elegir libremente); y a estos efectos, se afirma la existencia de responsabilidad de la

---

<sup>118</sup> STSJ de Cantabria de 25 de febrero de 1997 (AS 1997,422) Paciente que después de repetidas visitas al médico de la compañía, detecta una esquirla metálica en un ojo que el servicio del cuadro médico no termina de operar, por lo que el asegurado acude a un centro externo, que realiza la intervención de urgencia. No hay secuelas derivadas de la demora en la intervención, pero si necesidad de realizarla y un costo de unos 4000 Euros a las que la compañía sanitaria es condenada por aplicación del artículo 148 TRLCU. La sentencia determina la absolución del médico.

aseguradora en la primera de las situaciones mencionadas, mientras que se niega en la segunda, basándose en ambos casos en la existencia o no de una relación de dependencia entre los facultativos y la aseguradora, presente en el primer caso y ausente en el segundo. Se argumenta al respecto que en estos casos la aseguradora satisface debidamente su obligación poniendo a disposición del asegurado una lista de médicos y de centros hospitalarios para que elija en libertad, actuando así como un mero intermediario entre el asegurado y el facultativo o centro médico elegido por aquél, limitándose a costear el importe de los servicios efectivamente recibidos por el asegurado. Aunque la aseguradora se encuentre relacionada con el médico o centro hospitalario a través de un contrato de arrendamiento de servicios, se niega la existencia de una relación de dependencia o subordinación, siquiera sea funcional, entre el médico o el centro hospitalario y la aseguradora, afirmándose por el contrario la plena autonomía de unos y otros frente a la aseguradora.<sup>119</sup>

Sin perjuicio de analizar la relación de dependencia con mayor profundidad, en el epígrafe primero del capítulo III con motivo del análisis de la responsabilidad extracontractual de la compañía por acto médico, hemos de significar que el contrato de arrendamiento de servicios que tiene lugar entre el médico y la entidad aseguradora, tiene por objeto la prestación de servicios profesionales a los asegurados, de modo que, comprometiéndose la aseguradora a prestar "directamente" servicios médicos y quirúrgicos, si cumple la prestación por medio de terceros profesionales de la medicina, se establece una relación de dependencia funcional y económica, en otras palabras, la inclusión del centro o facultativo en el esquema de provisión del servicio, o de la organización de la compañía, con independencia del *nomen iuris* de la vinculación, determina una relación de dependencia.

A su vez, y en términos de responsabilidad objetiva, la relación de dependencia determina el vínculo causal necesario para la imputación del resultado lesivo a la

---

<sup>119</sup> STS de 27 de septiembre de 1994 ( RJ 1994, 7307) , SAP Cádiz de 17 de septiembre de 2002 (AC 2002, 1929)

compañía, o si se quiere la conexión del acto médico con la actividad organizativa de la compañía, a la que se limita su responsabilidad.

Esa relación de dependencia se manifiesta, con independencia de que el cuadro facultativo sea propio o no, en la organización misma de sus plantillas médicas y hospitalarias, en la necesaria sujeción de determinadas pruebas clínicas y prácticas quirúrgicas a la autorización de la compañía aseguradora, en la existencia manifiesta de determinadas exigencias a los facultativos que forman parte de su cuadro médico, relacionadas por ejemplo con la tenencia y renovación de determinados materiales (según la especialidad) así como con la obligatoria suscripción de un seguro de responsabilidad civil hasta una cierta cantidad; y -aunque no se desprenda palmariamente de los contratos de servicios- en la más que presumible existencia de recomendaciones o sugerencias sobre concretas prácticas clínicas u hospitalarias.

Además, a diferencia de lo que sucede en los seguros de enfermedad en sentido estricto (donde el asegurador cumple una función indemnizatoria de los gastos de asistencia médica y farmacéutica pero no asistencial como tal, y por lo tanto no responderá en ningún caso de los daños provocados por los facultativos que asistan al asegurado), los asegurados no son absolutamente libres para elegir especialista, sino que deben hacerlo de entre alguno de los que se incluyen en el cuadro médico del asegurador en las respectivas especialidades, sea el cuadro propio de la compañía, o no.<sup>120</sup>

Hay un segundo aspecto que hemos de analizar y que niega la virtualidad de la posición jurisprudencial expuesta, y guarda relación con la apariencia, que frente al asegurado produce la inclusión de centros o facultativos en los cuadros médicos de las compañías. Esta supone, un factor suficiente de conexión causal a efectos de lo prevenido en el artículo 148 TRLCU. Afirmar lo contrario conduciría a una notable relativización de las obligaciones contractuales consustanciales a la actividad mercantil del asegurador (a una concepción muy limitada de sus obligaciones contractuales), que no se corresponde, además, con la forma en que estas aseguradoras se presentan ante

---

<sup>120</sup> SAP de Madrid de 9 junio de 2010 (AC 2010,1063)

el público (haciendo publicidad de la contrastada calidad de sus servicios, la profesionalidad de sus facultativos y centros médicos, la atención al paciente, etc.).<sup>121</sup> Reiteramos, siempre que el daño sea consecuencia de la actividad asegurativa de la compañía.

b.- Frente a esta línea hermenéutica, existe otra que defiende la existencia de responsabilidad solidaria en la aseguradora de asistencia sanitaria por los daños causados por el personal y centros médicos incluidos en su cuadro médico, entendiendo que el asegurador debe quedar vinculado a los resultados de la prestación de servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios que entran dentro de la cobertura de la póliza al producirse una relación de subordinación, si no laboral, sí al menos funcional y económica, con motivo del contrato de arrendamiento de servicios celebrado entre el asegurador y los médicos y centros hospitalarios para prestar los servicios profesionales a que se obliga el asegurador frente a sus asegurados.<sup>122</sup>

La crítica que podemos hacer a esta postura, es que confunde el hecho propio con el hecho ajeno, ya que la compañía, con sustento en el artículo 148 TRLCU, responde del daño del paciente, en la medida que es consecuencia de la actividad comprometida en contrato. Es decir, la organización, control y provisión de asistencia sanitaria, pero no responde del acto médico si concurre en solitario en la producción del daño. El acto médico tiene sus propios criterios de atribución de responsabilidad, diversos a los criterios de imputación objetiva que determinarán la responsabilidad de la compañía por el resultado lesivo al amparo del artículo 148 TRLCU.<sup>123</sup>

---

<sup>121</sup> SAP de Madrid de 9 junio de 2010 (AC 2010,1063)

<sup>122</sup> STS de 19 de junio de 2001 (RJ 2001, 4974) o 14 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6204), entre otras.

<sup>123</sup> STS de 21 de mayo de 2014. Sentencia 244,2014. “Sin duda la protección a los consumidores, se hace mediante la introducción, con mayor o menor amplitud, de una imputación objetiva de la responsabilidad derivada de los daños que se produzcan con ocasión del consumo, razón por la cual el artículo 28 opta por una responsabilidad objetiva que permite cubrir todos los daños producidos por determinados bienes y servicios (...) Consecuencia de todo ello es que la responsabilidad objetiva es ajena a la cuestión de culpa y es esencial la del nexo causal.” Ahora bien, se admite la posibilidad de exonerarse de esta responsabilidad “cuando estemos ante un riesgo inevitable”. “La responsabilidad objetiva no implica ausencia de todo criterio de imputación, sino sólo la no exigibilidad de criterios de imputación de carácter subjetivo fundados en el dolo o la culpa del causante del daño.” PANTALEÓN PRIETO, F: “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en AA.VV, Centenario del Código

La responsabilidad de la compañía en el campo de la sanidad “no implica una utópica garantía de curación, sino una garantía de indemnización cuando”, sin que medie causa ajena, “no se alcancen los resultados normalmente previsibles y exigibles, de acuerdo con la praxis médica existente,”<sup>124</sup> a las resultas la actividad que le es propia a la compañía. La relación de dependencia determinará la vinculación causal del daño con la actividad de la entidad aseguradora, pero esta responde por hecho propio. El hecho ajeno queda fuera de la órbita contractual y por tanto de la responsabilidad objetiva que propugna el artículo 148 TRLCU. No hay normativa que ampare considerar que se hace responsable contractual a la entidad aseguradora por hecho ajeno, asimilándolo al propio. La responsabilidad por acto médico se rige por sus propios cánones, fundamentalmente de responsabilidad subjetiva basada en la culpa.

El papel encomendado a la Teoría de la imputación objetiva<sup>125</sup> es, precisamente, el de suministrar los criterios que permitan guiar correctamente el proceso de valoración

---

Civil (1889-1989), t. II, Madrid, 1990., pp. 1560 y ss. DIAZ-REGAÑON GARCÍA-ALCALA, C., “Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria.” Barcelona. Enero 2003. [http://www.indret.com/pdf/180\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/180_es.pdf), p.16.

124 BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. “La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios”. Estudios jurídicos sobre protección de consumidores. Tecnos. 1.987, pp. 230 a 235.

<sup>125</sup> No es un juicio basado centralmente en la experiencia ni la ciencia empírica, sino que es un juicio de relevancia jurídica: no todos los antecedentes de un cierto resultado dañoso serán susceptibles de merecer la atribución de ese resultado, y no todas las consecuencias de un cierto comportamiento serán consideradas jurídicamente imputables a ese comportamiento. Se debe hacer una selección de hechos antecedentes de un cierto resultado y de hechos consecuentes de un cierto antecedente para decidir cuáles son jurídicamente relevantes y ponerlos a cargo del sujeto que ha actuado. La distinción entre Juicio de Causalidad y de Imputación Objetiva es aceptada claramente en la Sala 2ª TS (Sala Penal) siguiendo la estela de la doctrina penal. En cambio, la Sala 1ª TS (Sala Civil) es confusa, pues utiliza ciertos criterios de imputación objetiva, y muchos de ellos implícitamente: (i) criterio de adecuación; (ii) criterio del riesgo permitido, pero le cuesta aceptar la diferencia entre juicio de causalidad y de imputación objetiva. Y suele entender los criterios de imputación objetiva como criterios de causalidad, cuando no lo son. Así STS de 26 de diciembre de 2005 (RJ 2006,1543): Agravamiento de lesiones previas que no puede imputarse a la caída producida en una riña mutuamente aceptada y no es indemnizable por vía de la responsabilidad civil ex delicto. Para atribuir un resultado, además de verificar la necesaria causalidad natural, se debe comprobar si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado y si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro creado por la acción STS de 17 de julio de 2007 (JUR 2007,79294): responsabilidad por las lesiones y secuelas sufridas por la actora al pisar un juguete con ruedas que se encontraba en el pasillo de la vivienda de los cónyuges demandados, a donde había acudido a cenar. Noción de imputación objetiva en la Sala 1ª del Tribunal Supremo: “En el ámbito doméstico son fácilmente imaginables acciones u omisiones culposas o negligentes de los anfitriones para con sus

normativa o ponderación entre las distintas causas o riesgos concurrentes, a fin de determinar la posible responsabilidad civil.<sup>126</sup> Y el criterio para considerar “responsable” al demandado es el de haber creado con su actividad, un “riesgo jurídicamente relevante”.<sup>127</sup>

La prueba del nexo causal resulta imprescindible tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva y no admite presunciones,<sup>128</sup> sino que ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o

---

invitados (...). Pero ello no significa que absolutamente todas las situaciones hipotéticamente peligrosas sean merecedoras de imputación objetiva si el peligro es remoto y aquéllas entran dentro de la normalidad de un hogar”. STS de 16 de octubre 2007 (RJ 2007,7102): fallecimiento de un joven al ingerir, con intención suicida, el cianuro potásico que había adquirido en la tienda de la demandada. Inexistencia de responsabilidad de ésta al no concurrir relación de causalidad entre su comportamiento y el resultado dañoso. La imputación objetiva es distinta de la simple causalidad fáctica. Aplicación de los criterios de la prohibición de regreso y riesgo general de la vida. La Sala 3ª TS (Contencioso-administrativa) no admite, en el plano de los conceptos, la diferencia, y entiende que basta la mera relación de causalidad para que las Administraciones Públicas respondan. Algunos administrativistas han intentado interpretar el artículo 139 de la Ley 30/1992 considerando que el administrado no tiene que soportar el daño como una referencia a los criterios de imputación objetiva. En la práctica, la Sala 3ª, aunque no emplea los criterios de imputación objetiva en cuanto tal, los entiende como criterios relativos a la causalidad -cuando falta la relación causal-. STS de 9 de mayo de 2005 (RJ 2005,4223): fallecimiento como consecuencia de la caída de un árbol durante la celebración de una romería. El TS considera que la conducta omisiva del Ayuntamiento no se ajustó a la diligencia exigible en atención a las circunstancias concurrentes. STS de 21 de diciembre de 2005 (RJ 2006,4224): inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria derivada de un suicidio en un hospital de una paciente esquizofrénica ya que la habitación en la que fue hospitalizada, aunque no disponía de rejas en la ventana, estaba dotada del sistema adecuado según las normas de actuación de la unidad de salud mental, sin que se haya acreditado que el sistema de seguridad tuviera algún defecto de conservación o deterioro o fuese insuficiente, o la paciente presentara antes de su internamiento hospitalario antecedentes suicidas.

<sup>126</sup> MIR PUIGPELAT, O. “La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad”, Civitas, Madrid, 2000, pp. 246 y 247.

<sup>127</sup> BELADIEZ ROJO, M. “Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios Públicos”, Tecnos, Madrid, 1997., p. 103.

<sup>128</sup> PANTALEÓN PRIETO, F: “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en AA.VV, Centenario del Código Civil (1889-1989), t. II, Madrid, 1990., pp. 1560 y ss. PATIÑO, H: “Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración”. Revista de Derecho privado nº 14. 2008 p 196. “Aún en los casos de presunción de culpa, se exige prueba del elemento objetivo de la responsabilidad denominado nexo causal que es totalmente autónomo de la culpa y no resiste presunción alguna.”

probabilidades, aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada.<sup>129</sup>

El TRLCU sujeta la actuación de la compañía sanitaria a criterios de responsabilidad objetiva pero circunscribiéndola a aspectos organizativos o de suministro de prestación de servicios sanitarios, que son ajenos a la actividad médica propiamente dicha, dada su específica naturaleza.<sup>130</sup> Así, tendrían amparo a tenor del texto de la Ley, a modo de ejemplo, temas tales como aspectos relacionados con daños derivados de falta de provisión de asistencia como consecuencia de la aplicación de cláusulas limitativas o restrictivas del derecho de los asegurados, o la falta de pruebas diagnósticas derivadas de un excesivo control de gasto de las aseguradoras, la ausencia de control de procesos de desecho de pruebas diagnósticas, descoordinación del servicio de urgencias, falta de disponibilidad de medicamentos eficaces, seguros y de calidad, ausencia de condiciones básicas de prestación sanitaria, inobservancia de buenas prácticas de laboratorio, ausencia de certificaciones de seguridad, bioseguridad o calidad de los productos sanitarios o instrumental utilizado en la provisión del servicio, pero nada que tenga que ver con actos médicos propiamente dichos, sujetos al cumplimiento de la *lex artis ad hoc*.

## **2.2.- La responsabilidad del facultativo.**

### **2.2.1.- Naturaleza de la responsabilidad del facultativo. Las obligaciones de medios.**

El acto médico es la actividad profesional del facultativo con el paciente, que comprende su evaluación diagnóstica, pronóstico, prescripción y la ejecución de las medidas terapéuticas o quirúrgicas que su salud requiera. Se configura jurídicamente con carácter general como una obligación de medios, si bien es cierto que hay determinados ámbitos de su actividad como es la que se refiere a la cirugía estética o

---

<sup>129</sup> En este sentido SSTs de 13 de julio de 2010 (RJ 2010, 6038), 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 138), 10 de junio de 2008 (RJ 2008, 4246), 24 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 111), y 20 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1174).

<sup>130</sup> STS de 4 de noviembre de 2010 (2010,7988).



satisfactiva y los tratamientos bucodentales que son conceptuados por nuestra jurisprudencia más como una obligación de resultado.<sup>131</sup>

“El médico, en su ejercicio profesional, es libre para escoger la solución más beneficiosa para el bienestar del paciente poniendo a su alcance los recursos que le parezcan más eficaces en todo acto o tratamiento que decide llevar a cabo, siempre y cuando sean generalmente aceptados por la ciencia médica, o susceptibles de discusión científica, de acuerdo con los riesgos inherentes al acto médico que practica, en cuanto está comprometido por una obligación de medios en la consecución de un diagnóstico o en una terapéutica determinada, que tiene como destinatario la vida, la integridad humana y la preservación de la salud del paciente.”<sup>132</sup>

La relación de dependencia va a determinar la ubicación del profesional en el contexto de la póliza, y viene dada por su inclusión en el esquema de provisión de asistencia de la compañía. Pero su pertenencia a la estructura de provisión de servicio nada tiene que ver con su actividad profesional en la cuál es absolutamente independiente.<sup>133</sup>

---

<sup>131</sup> Es criterio generalmente asumido por nuestra jurisprudencia aunque debemos subrayar que utilizando un lenguaje muchas veces equívoco mezclando lenguaje y conceptos tales como criterios de causalidad (imputación objetiva) y factor de atribución (culpabilidad). Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (STS de 18 de Junio de 2013 (RJ 2013, 4376) , con cita de otras precedentes como las SSTs de 1 de Junio de 2011 (RJ 2011, 4260) y 18 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6356)), desaparecida en la actualidad de la LEC , salvo para supuestos debidamente tasados (artículo 217.5 LEC), debiendo quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo. La prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva y ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades, aunque no siempre se requiere la absoluta certeza por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada.”

<sup>132</sup> SAP de Tarragona de 3 de febrero de 2014. (AC 2014,516).

<sup>133</sup> El art. 4.7 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, tras señalar que el ejercicio de las mismas se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica, establece como principio general, en su apartado b), «la tendencia a la unificación de los criterios de actuación, que estarán basados en la evidencia científica y en los medios disponibles, y soportados en guías y protocolos de práctica clínica y asistencial. Los protocolos deberán ser utilizados de forma orientativa, como guía de decisión para todos los profesionales de un equipo, y serán regularmente actualizados con la participación de aquellos que los deben aplicar».

Su responsabilidad, se funda en el incumplimiento de la diligencia exigible, que viene determinada por la “lex artis”.<sup>134</sup> “En el ámbito de la responsabilidad del profesional médico, debe descartarse la responsabilidad objetiva.”<sup>135</sup>

La lex artis hace mención a esa carga de diligencia inexcusable que comporta para el profesional el desarrollo práctico de su obligación de medios. Está integrado, en su contenido sustancial, por la obligación del médico o facultativo de observar los deberes profesionales basados en normas amparadas por la lógica, los conocimientos médicos, las prácticas habituales y los criterios profesionales de genérica observancia, avalados por unas estadísticas que acrediten su efectivo resultado paliativo, reparador o curativo.<sup>136</sup>

El Tribunal Supremo la ha definido como “...aquél criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, ciencia o arte médico que tiene en cuenta las específicas características de su autor, de la profesión, la complejidad del acto y la trascendencia vital para el paciente y, en su caso, la influencia de factores endógenos estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal empleada...”<sup>137</sup>

Recientemente se ha construido, desde la jurisprudencia, el concepto de *lex artis ad hoc* y cuya esencia radica en que, al poder coexistir diversas terapias útiles para tratar cada dolencia objeto de tratamiento médico, y todas ellas resultar igualmente válidas, hay que determinar cuál es la “verdadera y típicamente” aplicable al caso específico,<sup>138</sup> partiendo de la base de que no siempre el criterio será unívoco al existir diversas

---

<sup>134</sup> MARTIN CASALS, M., RIBOT IGUALADA, J, SOLÉ FELIU, J. “Dictamen sobre la responsabilidad de las entidades de seguros de salud en reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas”, Madrid 2.006. Cuadernos de SEAIDA, número cuatro (Sección española de la Asociación Internacional de Seguros).

<sup>135</sup> STS de 18 de Junio de 2013 (RJ 2013, 4376) , con cita de otras precedentes como las SSTs de 1 de Junio de 2011 (RJ 2011, 4260) y 18 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6356)).

<sup>136</sup> WIDMER, P. “Responsabilidad por culpa”. En: MARTÍN CASALS, M. (Coord). “Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, Texto y Comentario.” Pamplona: Aranzadi, 2008. p. 104 WIDMER, P. ob. cit., pp. 109 a 111.

<sup>137</sup> STS de 4 de noviembre de 2010 (2010,7988).

<sup>138</sup> STS de 4 de noviembre de 2010 (2010,7988).

técnicas válidas, correctas y conformes a la *lex artis* en función de los conocimientos de la ciencia y del estado del saber médico.<sup>139</sup> De lo que se deduce, que ni siquiera una conducta asentada en la *lex artis* tiene garantizado quedar indemne de la posibilidad de sanción judicial.<sup>140</sup>

Los protocolos médicos, también denominados «algoritmos o guías para la práctica médica», responden a la cristalización escrita de criterios de prudencia, sin que constituyan verdades absolutas, y obligatorias en su cumplimiento. Fijan por escrito la conducta diagnóstica y terapéutica aconsejable ante determinadas eventualidades clínicas, lo que equivale a “positivizar” o codificar la *lex artis*.<sup>141</sup> Los protocolos, en constante evolución, no recogen la totalidad de las infinitas situaciones ante las que el facultativo puede encontrarse. Además, hay múltiples estados clínicos en los que existe discrepancia en la doctrina científica sobre la actitud terapéutica que debe seguirse.

El médico actúa sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas que actúan como hecho ajeno en el curso causal.<sup>142</sup> El hecho externo puede liberar al demandado totalmente de responsabilidad, cuando por ejemplo la fuerza mayor, el hecho de tercero o el hecho de la víctima son consideradas como causa única exclusiva y determinante del daño, pero también puede demostrarse que probada esa causa de exoneración, su concurrencia tuvo incidencia en la producción del daño junto con el

---

<sup>139</sup> SALVADOR CODERCH, P., “Causalidad y responsabilidad”, InDret, 1/2000, [<http://www.indret.com>], pp.2 y ss.

<sup>140</sup> GALÁN CORTÉS, J.C. e HINOJAL FONSECA, R., “Valoración jurídica de los protocolos médicos”, Revista General de Derecho, Año LII, núms. 622-623, julio-agosto de 1996, pp. 8171-8182.

<sup>141</sup> TAMAYO JARAMILLO, J. “Tratado de responsabilidad civil” tomo I. 2ª ed. Legis, 2007., p. 192. No es casualidad que en idiomas como el inglés y el francés se utilicen palabras diferentes para referirse a esos dos conceptos que en español se recogen en la voz culpa. Así, en inglés se utiliza principalmente “fault” para el sentido normativo, mientras que se reservan palabras como “blame” o “culpability” para sentidos que se aproximan más al reproche; y cosa similar sucede con la expresión francesa “faute”.

<sup>142</sup> STS de 4 de noviembre de 2010 (2010,7988).

actuar del demandado a título de co-causalidad, evento en el cual la consecuencia no será, en principio la exoneración total de responsabilidad, sino que se estará frente a una reducción en la apreciación del daño, es decir una reducción en la indemnización.

Hay quien en el ámbito de la responsabilidad del médico habla de falta de previsión como concepto equiparable a la falta de diligencia.<sup>143</sup> Pero este planteamiento es cuestionable en las obligaciones de medios, cuando al deudor no le era exigible ningún otro comportamiento.<sup>144</sup> Si el profesional pone los medios, no puede hablarse de incumplimiento, ni de ausencia de culpa. El concepto de cumplimiento excluye la operatividad del caso fortuito y es la concurrencia de culpa en el médico o facultativo, la que determina la responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato.

Desde el punto de vista jurídico, los protocolos otorgan al médico cierto «amparo» a la hora de justificar su actuación, especialmente ante las reclamaciones de que puede ser objeto; en tal forma que una actuación médica ajustada a los protocolos propios de la especialidad excluye cualquier juicio sobre la falta de previsión. El apoyo será mayor si los protocolos utilizados se hallan avalados por las sociedades científicas de su especialidad. Ahora bien, como hemos dicho no vinculan al facultativo que dispone de autonomía técnica y científica y puede apartarse de él si el facultativo entiende, según su experiencia, que el resultado buscado exige otra terapia y su actuación se halle fundada científicamente<sup>145</sup>, aunque en estos casos, ante una hipotética reclamación, la justificación del médico que se desvíe de su contenido deberá ser más rigurosa y

---

143 TRIMARCHI, "Rischio e responsabilità oggettiva" Milan 1961 p 199. DIEZ-PICAZO L: "Fundamentos ..II" 2ª ed. Madrid 1986. op cit pp 715 y 716. BADOSA COLL: "La diligencia y la culpa ..." op cit pp 33 a 79. JORDANO FRAGA: "La responsabilidad del deudor por los auxiliares...." op cit pp. 266 y ss. DIEZ-PICAZO L: "Sistema de Derecho ..." op cit p 217. DELGADO ECHEVARRIA: "Elementos de Derecho Civil II" Barcelona 1985. p 241. CARRASCO PERERA: "Comentarios al Código Civil y compilaciones forales" Dirigido por D. Manuel Albadalejo, t XV vol 1 Madrid 1989 p. 660

144 SSTs de 20 de noviembre de 2009 (2010/138), 30 de junio 2009 ( RJ 2009, 4323) y 12 de marzo 2008 ( RJ 2008, 4045).

<sup>145</sup> SSTs de 10 de mayo de 2005 (RJ 2005,9332) y 11 de marzo de 1.991 (RJ 1.991,2209), entre otras.

exhaustiva.<sup>146</sup> El protocolo ostenta, como es lógico, un enorme valor orientativo para el juez, aun cuando no le vincula, ni le obliga a su aplicación forzosa.<sup>147</sup>

La responsabilidad de la compañía y la responsabilidad del facultativo tienen una naturaleza distinta. La responsabilidad de la compañía es una responsabilidad de resultado, donde la culpa del facultativo opera como causa de imputación causal, siempre que el daño sea consecuencia de su actividad asegurativa. La causa ajena (entendiendo por tal la concurrencia de un hecho o acto jurídico diverso del acto médico en la producción del daño), rompe el nexo causal.

Por el contrario, la responsabilidad del facultativo se conforma con carácter general como una obligación de medios, y en este ámbito, o hay incumplimiento o hay cumplimiento. No hay cabida al análisis de aspectos que impliquen un mayor o menor grado de previsión del resultado, porque lo determinante será que el profesional se haya ajustado o no al patrón de comportamiento exigible, que suponen los protocolos médicos.

---

146 GALÁN CORTÉS, J.C. e HINOJAL FONSECA, R., "Valoración jurídica de los protocolos médicos", Revista General de Derecho, Año LII, núms. 622-623, julio-agosto de 1996, pp. 8171-8182.

147 JORGE BARREIRO, A., "Jurisprudencia penal y lex artis médica", en Responsabilidad del personal sanitario, Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid. 1995, pp. 71 a 101. "Si se pondera que en los protocolos suelen plasmarse normas técnicas actualizadas y recomendadas por expertos en el tema para obtener una correcta praxis médica, no puede dudarse que su aportación al proceso constituye una enorme ayuda para dilucidar el criterio de la lex artis aplicable al supuesto fáctico que se juzga. Desde esta perspectiva, parece aconsejable que el juez de instrucción que lleva la investigación una a la causa los protocolos actualizados relativos a la cuestión pericial médica que se discute, si los hubiere. Con ello no quiere decirse que sea el propio estamento médico el que determine el deber de cuidado a través de sus propias normas técnicas, pero sí parece adecuado y conveniente que en el proceso figuren las normas técnicas que los profesionales consideran idóneas para la práctica correcta de la conducta enjuiciada. De modo que se aporten como parámetros a analizar por los peritos designados, sin que, por supuesto, se los equipare con la lex artis correcta. Entre otras razones, porque siempre es factible que el protocolo aportado resulte obsoleto o anticuado o que genere un riesgo para la salud del paciente superior al que la sociedad debe permitir. Por consiguiente, será el juez, finalmente, el que dirima, auxiliado por los peritos, cuál es el cuidado a observar en el caso concreto y si la conducta del profesional se ha ajustado o no a la diligencia y cuidado exigibles"

### **2.2.2.- En particular, la teoría del daño desproporcionado.**

Llegados a este punto en que parece fuera de toda duda que la responsabilidad objetiva de la compañía tiene una naturaleza distinta de la responsabilidad subjetiva del facultativo, y asumida la circunstancia de que en el proceso de imputación objetiva del resultado lesivo a la aseguradora, la determinación de la responsabilidad del médico se convierte en causa de esa imputación, siempre que el daño sea consecuencia de la actividad asegurativa de la compañía, creemos de interés abordar la problemática que suscita en la determinación de la responsabilidad del médico el embate de la llamada teoría del daño desproporcionado, ya que parecería nos conduce a una objetivación de su responsabilidad.<sup>148</sup>

La teoría concluye que a pesar de que con carácter general la profesión médica implica una obligación de medios ajustada a la *lex artis ad hoc*, no se excluye la presunción desfavorable de que la acción u omisión del profesional pueda generar un mal resultado. De este resultado se infiere o puede inferirse la responsabilidad, precisamente por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común.<sup>149</sup>

El daño desproporcionado es un daño no explicable en la esfera de actuación del profesional,<sup>150</sup> que está obligado a acreditar las circunstancias en que se produjo, por el principio de facilidad y proximidad probatoria.<sup>151</sup> Se le exige una explicación coherente acerca del daño, habida cuenta de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida.

La ausencia u omisión de una explicación coherente, puede determinar la imputación del resultado, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia

---

<sup>148</sup> Hay que subrayar que esta teoría ni está presente en todos los litigios de responsabilidad sanitaria donde se aplica el TRLCU, ni es entendida de igual forma por la jurisprudencia en todos los supuestos.

<sup>149</sup> SSTs de 23 de octubre de 2008 (2008, 5789): Las reglas del sentido común o la experiencia revelan la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias del tiempo y el lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización. En el mismo sentido SSTs de 19 de julio de 2007 (2007, 4692) y 22 de febrero de 2007 (2007, 1520). Del daño desproporcionado se desprende la culpabilidad del autor.

<sup>150</sup> STS de 8 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8253).

<sup>151</sup> STS de 10 de junio de 2008 (RJ 2008, 4246).

del daño desproporcionado, incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el *onus probandi* de la relación de causalidad y la presunción de culpa.<sup>152</sup>

Pero el daño no implica atribución automática de responsabilidad, si el facultativo explica y justifica su actuación, no procederá la apreciación de responsabilidad civil sanitaria.<sup>153</sup>

La teoría parte de un aforismo; *res ipsa loquitur*, que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia, que requiere se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, y que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto.

La falta de previsión por el profesional del resultado lesivo, puede ser consecuencia del estado de la ciencia en un momento dado, estos riesgos son los llamados riesgos de desarrollo, en virtud de los cuales el estado de conocimientos científicos existentes en un momento determinado, no hacen exigible del profesional una conducta diferente. La concurrencia de estos riesgos podrían convertir la responsabilidad del médico en una responsabilidad de resultado, si bien, nuestra legislación no consagra en este como en el resto de los casos que analizaremos, una responsabilidad objetiva sin culpa. En todo caso, el resultado lesivo no es determinante de la atribución de responsabilidad, sino que será un tema sometido a carga probatoria del médico, que habrá de justificar su actuación ante el tribunal.<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup> STS de 14 de mayo de 2008 (RJ 2008, 3071).

<sup>153</sup> STS de 23 octubre de 2008 (RJ 2008,5789).

<sup>154</sup> STS de 30 de abril de 2007 (RJ 2007,2397). "La existencia de un resultado desproporcionado no determina por sí sólo la existencia de responsabilidad del médico sino la exigencia al mismo de una explicación coherente acerca del por qué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia producida", y es del todo evidente que las pruebas de alergia a la anestesia no se hicieron no solo porque no eran aconsejables, sino porque podían ser contraproducentes para la salud del menor, y las paradas cardiorrespiratorias se produjeron en fase de reanimación en el propio quirófano, donde se efectuaron las maniobras precisas. Pero es que, además, la primera vez que se producen manifestaciones clínicas estas eran imprevisibles e inevitables, como también lo son los reflejos vagales, y ello en ningún caso implica que haya acción u omisión que pueda ponerse cargo de los profesionales que le intervinieron, cuya actuación se desarrolló conforme *lex artis*

Hay un supuesto que se repite en la jurisprudencia, a propósito del cual se aplica esta teoría y que es interesante tratar por su implicación con el objeto de la tesis. Es el relativo a la infección hospitalaria. Estas infecciones se presentan en aproximadamente el 6.8% de los ingresos hospitalarios.

Todo lo relativo a la limpieza, mantenimiento, acondicionamiento de los quirófanos, son aspectos relacionados con la organización del servicio, ya estemos hablando de un centro hospitalario propiedad de la compañía sanitaria o no. Ya indicamos que lo relevante para imputar el resultado lesivo a la compañía era la acreditación de la relación de dependencia que conectara causalmente el daño con la actividad de la entidad aseguradora.

Los beneficiosos efectos sobre la salud de la actividad hospitalaria, ya sea en forma de intervención quirúrgica o tratamiento médico, conllevan un cierto riesgo de infección que es muy difícil de evitar, a pesar de las intensas actividades de minimización de riesgos que se llevan a cabo en los hospitales. La infección nosocomial, por ejemplo, puede ocasionar hasta el 30% de las sepsis en la UCI. La bacteriemia en general y la sepsis en particular son acontecimientos graves que deparan una mortalidad atribuible entre 30 y el 50%. Entre un 2% y un 20% de los enfermos operados presentan infección de la herida quirúrgica, dependiendo del tipo de intervención; en el caso concreto de la cirugía de columna, el riesgo varía entre el 1% y el 8%, correspondiendo las cifras más altas, cuando la técnica realizada es la fusión intervertebral con empleo de material de osteosíntesis y abordaje posterior. Cuando una persona se somete a una intervención quirúrgica, estos riesgos existen, y se puede producir un resultado lesivo a pesar de haber utilizado toda la diligencia exigible de conformidad con la *lex artis*. En este caso, de producirse el daño, estaríamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva de la compañía con sustento en el artículo 148 TRLCU. Responsabilidad que no

---

ad hoc, tanto durante el proceso preoperatorio y operatorio, propiamente dicho, como durante el período postoperatorio, según el estado actual de la ciencia. Tampoco la hubo de los Centros demandados como resultado de lo que esta Sala califica de carencias o defectos asistenciales, de coordinación, de organización o de dotación, porque no hubo insuficiencia acreditada de medios vinculados al desarrollo de la operación y complicaciones previsibles.”



sería predicable del facultativo que interviene al paciente si le ha informado convenientemente del riesgo existente.<sup>155</sup>

En tal caso, las infecciones postquirúrgicas constituyen un riesgo informado y asumido por el paciente, de modo que ya no cabe alterar los criterios sobre responsabilidad civil médica respecto de la carga de la prueba de la relación de causalidad y la presunción de culpa, sin perjuicio de la responsabilidad de la compañía. Estamos ante un supuesto en el que cabe un comportamiento ajustado a *lex artis* por el facultativo cuyo acto médico fue causa de un daño que a pesar de no suponer comportamiento diligente del facultativo, puede ser imputado causalmente a la compañía y determinar su responsabilidad por incumplimiento contractual con base en el artículo 148 TRLCU.

El daño desproporcionado a que se refiere esta teoría no debe equipararse al riesgo típico de la intervención, podemos citar como ejemplo al respecto las complicaciones que pueden surgir en una intervención quirúrgica como consecuencia de la inducción anestésica. El 1% de las anestесias presenta problemas graves,<sup>156</sup> pero es cierto que el riesgo anestésico se ve aumentado con otros factores, como el tipo de cirugía, la edad, enfermedades asociadas (diabetes, hipertensión...), obesidad, tóxicos (tabaco, alcohol...), medicamentos, o complicaciones que puedan surgir imprevistas durante la operación que sin duda pueden cuestionar o matizar la concurrencia de negligencia del facultativo.

Si a pesar de una técnica quirúrgica impecable se materializa un riesgo típico del que el paciente fue oportunamente informado y que se produjo por causas inevitables, el médico no habrá incurrido en ningún tipo de culpa o negligencia, ni resultará aplicable, en consecuencia, la teoría del daño desproporcionado. Si, por otro lado se materializa un riesgo típico del que el paciente no ha sido oportunamente informado, entonces el médico será responsable, pero no en virtud de la teoría del daño desproporcionado, sino en virtud de la omisión del consentimiento informado. En consecuencia, la teoría del daño desproporcionado sólo será de aplicación en caso de que se produzca un

---

<sup>155</sup> SAP de Madrid de 31 de marzo de 2009 (AC 2009,932).

<sup>156</sup> Uno de cada 10.000 casos presenta reacciones alérgicas y en la misma proporción la muerte.

riesgo atípico.<sup>157</sup> En ambos casos cabría deducir acción contractual contra la compañía por daño imputable a su actividad asegurativa, acción que se sustenta al margen de la teoría del daño desproporcionado porque su responsabilidad es objetiva.

Este riesgo atípico opera no como un criterio de objetivación de la responsabilidad del profesional, sino como confirmación de la existencia de una conducta negligente mediante la aplicación de una “*praesumptio hominis*”. La teoría del daño desproporcionado, describe un escenario, en el que la conclusión a la que llegamos se mantiene invariable y no desnaturaliza el fundamento de la responsabilidad del profesional sanitario, que se mantiene lejos de criterios de responsabilidad objetiva.

La teoría del daño desproporcionado aporta la posibilidad de una condena a un resultado resarcitorio sobre por la aplicación de una presunción de culpa,<sup>158</sup> con sustento en la regla «*res ipsa loquitur*» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, o la regla «*Anscheinsbeweis*» (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana, o la regla de la «*fautevirtuelle*» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, ha de responder quien ha realizado la acción u omisión generadora del resultado lesivo. El carácter desproporcionado del daño evidencia la negligencia que es lo que determina el incumplimiento y, por tanto, la acción dañosa<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> DE LORENZO, R: “La teoría del daño desproporcionado” en Redacción médica. Núm 443. Año II. 2006

<sup>158</sup> DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., “Responsabilidad objetiva y nexo causal”, Comares, Granada, 2.006, pp. 150 y 162. Sostiene el autor que Es cuestionable el procedimiento seguido por el Tribunal Supremo a la hora de aplicar la responsabilidad objetiva de conformidad con la normativa en materia de consumo cuando la condena ya se encuentra debidamente fundamentada en los preceptos que prevén una responsabilidad subjetiva. Sostiene no ser de recibo, desde un punto de vista jurídico, condicionar un sistema de responsabilidad objetiva a la existencia de un factor culposo, derivada de la aplicación precedente de preceptos del Código Civil, a saber, 1.902 o 1.101.

<sup>159</sup> SSTs de 23 de octubre de 2008 (2008, 5789), 19 de julio de 2007 (2007, 4692), 22 de febrero de 2007 (2007, 1520), 15 de septiembre de 2.003 (RJ 2.003/6418). La doctrina del daño desproporcionado no lleva a la objetivación de la responsabilidad, sino a la demostración de la culpabilidad del autor del daño desproporcionado. Se plantea el supuesto del ejercicio de una acción en reclamación de indemnización por el daño personal sufrido por la actuación médica que fue intervenido quirúrgicamente de unas hemorroides sangrantes y fisura anal, que le dejó como secuela definitiva una incontinencia anal parcial. La sentencia de primera instancia entendió que se había determinado el daño personal «por la evidencia

## **2.3.- El cumplimiento de las obligaciones del asegurado como presupuesto de la responsabilidad de la compañía.**

### **2.3.1.- El pago de la prima.**

La prima constituye la base del esquema de financiación indirecta que soporta el sistema de provisión de asistencia sanitaria al asegurado.

Las recíprocas obligaciones de compañía y tomador vienen recogidas en el artículo primero de la Ley de Contrato de Seguro vigente, al determinar que *“el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima, a efectuar las prestaciones que se determinan en la póliza.”*<sup>160</sup>

El artículo 15 LCS determina que: *“Si por culpa del tomador la primera prima no ha sido pagada, o la prima única no lo ha sido a su vencimiento, el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima debida en vía ejecutiva con base en la póliza. Salvo pacto en contrario, si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación.”*

Resulta de la lectura del precepto, en primer lugar que el incumplimiento no produce la extinción automática del contrato sino que *“el asegurador tiene derecho a resolver el contrato”*<sup>161</sup>, de la misma forma que el deudor en sede del artículo 1124 CC puede

---

de las secuelas padecidas por el actor» y se había demostrado «el nexo causal entre la incontinencia que padece el paciente y una lesión muscular en el esfínter externo del ano constatada tras la intervención» pero desestimó la demanda por considerar que no se había probado la culpabilidad del médico: «no existen datos concluyentes para afirmar que la incontinencia que sufre el paciente derive de una técnica operatoria inadecuada del profesional que le intervino...».

<sup>160</sup> GARRIGUES DIAZ CAÑABATE, J: “El contrato de seguro terrestre”. 2ª Ed. Madrid. 1983, pp 44 a 45. El autor al analizar las prestaciones de las partes, señala que el tomador del seguro se obliga a pagar una prima y el asegurador se obliga a realizar una prestación pecuniaria que está supeditada a un hecho futuro e incierto, cual es la realización del siniestro, por lo que concluye que el seguro es un contrato de crédito, puesto que no hay simultaneidad en las prestaciones de los contratantes. El pago de la prima se configura en una obligación inmediata del tomador, a la que se contrapone una obligación futura e incierta de indemnización, pero que también es una verdadera obligación. El que las prestaciones no sean correlativas no implica que ésta característica desaparezca si bien la del asegurador es de tipo condicional sometida a condición suspensiva.

<sup>161</sup> SAP de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3ª, de 5 de Mayo de 2010 (JUR 2010, 400177) "... A la vista del precepto indicado, es doctrina mantenida por esta Audiencia Provincial (por todas, la

optar por exigir el cumplimiento de la obligación. Ahora bien, la LCS permite al asegurador resolver el contrato sin acudir a la vía judicial, a diferencia de lo que ocurre con las obligaciones recíprocas.<sup>162</sup>

En caso de impago, la aseguradora ha de optar por una de las dos alternativas que indica el artículo 15 LCS, quedando abierta la posibilidad de que ejercitada una de ellas sin éxito (intento de cobro de la prima impagada) opte por la segunda alternativa (resolución del contrato), siempre que dichas actuaciones se sucedan temporalmente, quedando vetada la posibilidad de su ejercicio simultáneo.<sup>163</sup>

---

reciente Sentencia de la Sección 3ª de 11 de abril de 2003) siguiendo a su vez una corriente doctrinal consolidada ( Sentencias de las Audiencias Provinciales de Zaragoza de 27 de julio de 2001 (JUR 2001, 262338) , de Madrid de 28 de junio de 2001 (JUR 2001, 252864) , de Sevilla de 2 de octubre de 2000 (JUR 2001, 86359) y de Jaén de 14 de junio de 2000 ) que el impago de la primera prima genera un efecto suspensivo inmediato, pero no un efecto extintivo del contrato; en tal supuesto, la aseguradora puede optar entre resolver el vínculo o exigir el abono de la prima, pero mientras no ejercite la facultad de resolución, el contrato subsiste; quedando obligada la aseguradora a indemnizar al tercero perjudicado, a quien no se puede oponer la excepción personal de falta de pago de la prima, sin perjuicio de la facultad de repetición frente al asegurado por causas derivadas del contrato de seguro. Y ello por cuanto la suspensión de la cobertura que establece el artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro se produce en las relaciones entre asegurador y asegurado estando liberado temporalmente el asegurador del deber indemnizatorio frente al asegurado hasta que se produzca la resolución o extinción legal del contrato o la consecuencia rehabilitadora que prevé el párrafo último de dicho precepto; o dicho de otro modo, se estima que el contrato ha de considerarse vigente en tanto no se rescinda por la entidad aseguradora, no obstante el impago de la prima, al no comportar éste, per se, esa forma extintiva.

162 MEDINA CRESPO, M. "La regulación del impago de la prima en el contrato de seguro", en Revista de Derecho de los Seguros Privados nº 4/95, Madrid: Revista de Derecho de los Seguros Privados s.l., 1995 p. 12. "Siendo pacífico que en el régimen general suele ser necesario que, salvo acuerdo de las partes, el perjudicado tenga que acudir a la vía judicial para que se declare resuelto el contrato, parece que en la disciplina especial basta con que el asegurador exprese su voluntad resolutoria, sin ser precisa la correspondiente declaración judicial. De acuerdo con esta interpretación, producido el impago de la prima, el asegurador puede dar por resuelto el contrato de seguro con la simple expresión de una declaración de voluntad en ese sentido." SÁNCHEZ CALERO, F. "Comentario Artículo 14" y "Comentario Artículo 15" en "Ley de contrato de seguro Navarra. Aranzadi. 2001 p. 282. "Ha de entenderse que esa resolución (que es la posibilidad alternativa a la exigencia del pago de la prima al tomador del seguro) ha de producirse por la simple declaración del asegurador, mediante el ejercicio de una facultad de denuncia, sin necesidad de declaración judicial."

163 SÁNCHEZ CALERO, F. "Comentario Artículo 14" y "Comentario Artículo 15" en "Ley de contrato de seguro Navarra: Edit.Aranzadi, 2001 p. 278. "Si cada vez que los tomadores del seguro incumplieran su obligación del pago de una prima los aseguradores hubieran de acudir a los tribunales para pedir su cumplimiento o la resolución del contrato (al amparo del art.1124 del código civil), la litigiosidad por su parte habría de ser constante, con los perjuicios económicos y sociales que ello comporta. De ahí que la

El incumplimiento del tomador tiene que ser culposo, quedando el asegurador liberado de su obligación en caso de siniestro, siempre salvo pacto en contrario o mora del acreedor.<sup>164</sup>

Es criterio pacífico de la mayoría de los tribunales, entender que la interpretación del art. 15 LCS establece dos situaciones con efectos asegurativos distintos, que se corresponde con lo que se considera diferente estado de la relación contractual, pues en el primero, la liberación de la compañía surge del hecho de no haberse iniciado la cobertura ni el nacimiento del contrato, mientras que en el otro supuesto ya está vigente y sólo media un incumplimiento contractual.<sup>165</sup>

De un lado, que en caso de impago de la primera o única prima, el asegurador, como hemos dicho, tiene derecho a resolver el contrato si el mismo es imputable al tomador<sup>166</sup> o a exigir el pago de la prima, incluso en vía ejecutiva, con la consecuencia en todo caso y salvo pacto en contrario, de que si se produce un siniestro antes de efectuarse el pago la compañía de seguros queda liberada de su obligación.

Por regla general, hasta que no se produce el pago, no comienzan los efectos materiales del contrato para el asegurador, en el sentido de que no se inicia su cobertura y, por consiguiente, si se produce el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación y el asegurado carece de derecho a reclamar la indemnización,<sup>167</sup> pero habrá de estar a lo pactado entre las partes.<sup>168</sup>

---

disciplina convencional se orientase, con anterioridad a la vigencia de la Ley (de contrato de seguro) a la búsqueda de un régimen diverso para el supuesto de incumplimiento por parte del tomador del seguro.”

164 STS de 25 de mayo de 2005 y SSAP de Cantabria de 5 de diciembre de 2005 (AC 2005,2383), entre otras, concluyen que no hay incumplimiento cuando queda acreditado que “el asegurado quiso efectuar el pago de la prima, siendo únicamente imputable a la propia aseguradora, el que no lo efectuase realmente, en la fecha que ella misma fijó para el recibo.”

<sup>165</sup> Siguiendo la doctrina de la Sala 1ª TS, en SSTs de 25 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6391), o 18 de junio de 1998 ( RJ 1998, 5062), entre muchas otras.

<sup>166</sup> SSTs de 13 de abril de 2011 (RJ 2011,3949), 4 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 4642).

<sup>167</sup> Por todas, SSTs de 25 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6391) y 14 de abril de 1993 ( RJ 1993, 2879), así como SAP de Cantabria de 5 de diciembre de 2005 (AC 2005,2383).

<sup>168</sup> STS de 25 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6391). SAP de Córdoba de 24 de enero de 2004 (JUR 2004,61017). Es esencial el análisis de las condiciones particulares del seguro suscrito entre el tomador del seguro y la aseguradora ya que si se concierta un contrato de prima anual con una fecha, este hecho

En el segundo caso, esto es, si la falta de pago no es de la primera prima sino de las sucesivas, La Ley prevé que la cobertura pese al impago, continúa vigente durante un mes desde el vencimiento contado de fecha a fecha, comprendiéndose el último día por entero<sup>169</sup>, suspendiéndose, según determina el artículo 15, párrafo segundo LCS, la cobertura a partir del mes después del día del vencimiento<sup>170</sup>. El asegurador, cuando el contrato está en suspenso, sólo podrá exigir el pago de la prima del período en curso y el contrato se extingue *"si el asegurador no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de prima"*<sup>171</sup>, sin necesidad de notificación ni recepción expresa, pero sin que ocurrido el siniestro en esos cinco meses, la aseguradora pueda oponer al tercero perjudicado la excepción de inexistencia de cobertura<sup>172</sup>, y si el contrato no se extinguió, la cobertura vuelve a tener, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 15.3 LCS, efecto a las veinticuatro horas del día en que el tomador pagó su prima.

El plazo de seis meses para que la entidad aseguradora reclame el pago de la prima, es un plazo de caducidad, ya que lo que el indicado precepto establece es un verdadero término preclusivo para el cumplimiento de una obligación, pues impone al asegurador la obligación de reclamar el pago de la prima dentro de los seis meses siguientes del

---

es no controvertido, y revela que las partes convinieron el contrato, que por tanto existió y desplegó sus efectos jurídicos desde ese momento. El hecho de que el contrato contenga una cláusula en virtud de la cual las partes expresamente pactan un plazo específico de eficacia contractual determinante del momento concreto de su extinción, por ejemplo «esta póliza no tendrá valor, a partir de los 30 días de la fecha de efecto, si no va acompañada del recibo acreditativo del pago de la prima» implica una excepción al principio general descrito. La significación de esta cláusula es de especial relevancia, pues revela que, aunque se pacta la forma de pago anual y fecha del vencimiento, la intención de las partes es establecer como fecha concreta de la extinción del contrato una fecha cierta y no la fecha del vencimiento del primer recibo de prima. Y decimos que las partes establecen esa fecha cierta porque así lo expresan cuando pactan que la póliza deja de tener valor –es decir, se extingue por acuerdo entre las partes– a partir de los 30 días siguientes de la fecha de efecto, si no va acompañada del recibo acreditativo del pago de la prima –es decir, en caso de impago de la prima inicial–. Si la compañía aseguradora convino con el tomador del seguro un plazo de treinta días de cobertura absoluta (o un plazo de cortesía de treinta días para abonar el recibo de prima con eficacia ex tunc), no puede ir contra sus propios actos y omitir totalmente el contenido de lo pactado cuando se produce un accidente generador de responsabilidad en ese período de cobertura especialmente concertado.

<sup>169</sup> STS de 17 de octubre de 2008 (RJ 2008,6916) y 17 de noviembre de 2000, (RJ 2000, 9344 ).

<sup>170</sup> STS de 13 de abril de 2011 (RJ 2011,3949). SAP de Alicante de 24 de julio de 2008 (AC 2008,2020).

<sup>171</sup> SAP de Murcia de 17 de septiembre de 2009 (JUR 2009,436890).

<sup>172</sup> SAP de Murcia de 17 de septiembre de 2009 (JUR 2009,436890).

vencimiento, bajo apercibimiento de que de no hacerlo el contrato de seguro se extinguirá.<sup>173</sup>

“La actitud pasiva del asegurador, que ni reclama la prima ni resuelve el contrato, y del asegurado, que no paga la prima, producirá de forma automática la extinción del contrato, siempre que la falta de pago se deba a culpa del tomador”.<sup>174</sup>

Transcurrido el denominado “mes de gracia” la cobertura queda suspendida. Debemos destacar que el legislador habla de “cobertura” y no de “contrato”, por lo que el resto de las obligaciones dimanantes del mismo, como por ejemplo la obligación de pago de la prima, continúan vigentes. Por eso precisamente permite el legislador al asegurador reclamar la prima, porque el contrato continúa vigente, aunque la cobertura haya sido “suspendida”.

Estamos ante una prima siguiente o sucesiva tanto en el caso de diversas primas periódicas (prima inicial y primas siguientes), como en el caso de prórroga del contrato, “pues el concepto de prima sucesiva presupone que el contrato desplegó durante un período de tiempo anterior su plena eficacia, de modo que es prima sucesiva tanto cualquier prima periódica que siga a la primera, como la prima que corresponda por entrarse en período de prórroga del contrato.”<sup>175</sup>

La definición de lo que debemos entender por prima sucesiva no es cuestión pacífica. Aquellos que identifican prima con período de seguro consideran que prima siguiente sólo sería la siguiente al primer período. En tal caso, suponiendo una duración anual del contrato y renovable, se considerarían siguientes las del segundo año y sucesivos. Por ello no se consideraría prima sucesiva la segunda y sucesivas cuotas de la primera

---

<sup>173</sup> SSAP de Islas Baleares de 11 de mayo de 2012 (JUR 2012,205297).

<sup>174</sup> OLAVARRIA IGLESIA, J., MATARREDONA BOQUERA, J., BATAGUER GRAU, J.: “Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002 p.222

<sup>175</sup> MEDINA CRESPO, M. “La regulación del impago de la prima en el contrato de seguro”, en Revista de Derecho de los Seguros Privados nº 4/95, Madrid: Revista de Derecho de los Seguros Privados s.l., 1995, pp.16 y ss.

prima o prima única cuando se fraccionase el pago, siendo el período de seguro, anual, con independencia de que se fraccione el pago.<sup>176</sup>

Nuestra jurisprudencia viene aplicando el concepto de sucesiva también a supuestos de pago aplazado.<sup>177</sup>

La mayoría de los seguros de asistencia sanitaria presentan pagos fraccionados de periodicidad mensual o trimestral, por lo que cabe preguntarnos por la naturaleza de estos vencimientos y si debemos conceptuarlos como primera prima, por ser fraccionamientos de un pago referido a un periodo de cobertura anual o como primas sucesivas.

Al respecto, la consideración de las prestaciones periódicas de pago fraccionado de la prima como prestaciones plurales independientes, significa el reconocimiento del carácter plural de las prestaciones recíprocas de cobertura del riesgo asegurado. Cada una de las prestaciones trimestrales del tomador es susceptible de aprovechamiento separado y se corresponde con la prestación trimestral de cobertura, aprovechable también separadamente, a la que se compromete el asegurador.

La correlación anterior sólo es incompatible con la necesidad de tener en cuenta una unidad de tiempo superior al trimestre (por ejemplo, un año) para efectuar las observaciones estadísticas de los siniestros que permiten el cálculo de la prima; en tal caso tiene sentido que en el contrato se fije un período de seguro anual, y que, en consecuencia, las prestaciones periódicas trimestrales del tomador sean concebidas como partes de una prestación única.<sup>178</sup>

No concurriendo la referida exigencia técnica, no hay tampoco razones para mantener la indivisibilidad de la prima anual, debiendo, por tanto, interpretarse que el contrato

---

<sup>176</sup> MEDINA CRESPO, M. “La regulación del impago de la prima en el contrato de seguro”, op cit. pp.16 y ss.

<sup>177</sup> SSAP de Murcia de 17 de septiembre de 2009 (JUR 2009,436890), de Alicante de 24 de julio de 2008 (AC 2008,2020).

<sup>178</sup> SAP de Madrid de 12 de junio de 2007 (JUR 2007,259000).



establece tantos períodos de seguro como plazos de fraccionamiento del pago de la prima.<sup>179</sup>

“Interpretada la previsión contractual relativa al fraccionamiento del pago de la prima, y tras producirse el incumplimiento de la obligación de pago de una de las primas trimestrales, no sólo se ha de entender suspendida la cobertura, sino que deben desencadenarse igualmente el resto de los efectos jurídicos previstos en el art. 15 de la Ley del Contrato de Seguro.”<sup>180</sup>

Para la resolución de cualquier tipo de controversia al respecto juega un papel esencial y preeminente en la valoración de las circunstancias concurrentes, la voluntad de las partes plasmada en el contrato y su condicionado, siendo posible que las partes regulen las consecuencias del impago de la prima fraccionada, permitiendo así por vía contractual el mismo tratamiento al impago de cualquier fracción de las sucesivas prórrogas del contrato, ya sea la primera o las siguientes fracciones de cada período de seguro.<sup>181</sup>

### **2.3.2.- La declaración de riesgo.**

Constituye un planteamiento ya repetido en este trabajo, que la responsabilidad encuentra su justificación a través de la idea previa de deber jurídico,<sup>182</sup> siendo presupuesto de imputación de responsabilidad, no sólo a las compañías, sino también a los médicos que dispensan asistencia sanitaria dentro del marco de provisión de las entidades aseguradoras, que el daño se origine en *“el correcto uso de los servicios”* contratados en la póliza.<sup>183</sup> Los aspectos más relevantes de este deber exigible al asegurado, que correlativamente conforman excepciones oponibles por compañía y facultativo frente al ejercicio de una acción de responsabilidad por el perjudicado son: el deber jurídico de declaración del riesgo, el deber jurídico de declaración del siniestro

---

<sup>179</sup> SAP de Madrid de 21 de marzo de 2012 (JUR 2012,143192).

<sup>180</sup> SAP de Madrid de 25 de enero de 2.000 (AC 2000,3303).

<sup>181</sup> STS de 13 de julio de 2002 (RJ 2002,5910).

<sup>182</sup> DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., “Sistema de Derecho Civil”. Volumen II. Ed. Tecnos. 2012, pp. 119 y 120.

<sup>183</sup> DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ Calixto, “Responsabilidad objetiva y nexo causal”, Comares, Granada, 2.006, págs. 86 y ss.

y el deber de emplear todos los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del mismo.

En nuestro ordenamiento, el deber de declaración del riesgo por el tomador/asegurado es esencial en la conformación del consentimiento de la compañía en obligarse en contrato y la omisión o inexactitud de información sensible relativa a la salud del que pretende contratar un seguro de asistencia sanitaria (enfermedades, patologías, medicación, intervenciones quirúrgicas, antecedentes familiares, etc.), constituye vicio de error de consentimiento, pudiendo liberarse la compañía y en consecuencia el médico, según los casos, de su obligación a dispensar cobertura, de su obligación a indemnizar en el caso de daño o cuanto menos, ver modulada dicha responsabilidad por los tribunales.

La declaración del riesgo compromete las condiciones de previsión que llevan a la compañía a suscribir el contrato<sup>184</sup> y en consecuencia, las condiciones bajo las que el profesional ha de atender al paciente, así como la eficacia y seguridad de su tratamiento.

La persona que contrata un seguro, tiene la obligación de facilitar información, en los términos que establece la Ley y en la medida en que es requerida para ello, ya que el asegurador debe procurarse la información necesaria que le permita concretar y valorar el riesgo que asume.<sup>185</sup> Así, el artículo 10 LCS dispone: "El tomador del seguro tiene la obligación, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de

---

<sup>184</sup> SAP de Valencia de 17 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 108930).

<sup>185</sup> SSTs de 15 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8423) y 1 de junio de 2006 (RJ 2006, 3063), entre otras: "A través del deber de la declaración del tomador del seguro de las circunstancias que delimitan el riesgo que se quiere que sea cubierto por el asegurador, aflora de manera nítida el carácter del contrato de seguro como de máxima buena fe. En efecto, se sabe que, siendo tan importante la delimitación del riesgo, ésta no puede llevarse a efecto sin la colaboración del futuro contratante, que es quien únicamente conoce ciertas circunstancias y detalles. El asegurador, sólo con mucha dificultad y dentro de un ámbito limitado, puede procurarse una información directa sobre el concreto riesgo que pretende asumir, por lo que necesita la ayuda de ese futuro contratante y requiere de él la información precisa para la concreción y valoración del riesgo. Se manifiesta la buena fe precisamente en que el asegurador ha de confiar en la descripción del riesgo que hace la otra parte. La actividad aseguradora necesita de la colaboración leal de todos los que deseen la cobertura de los aseguradores. Estos sólo mediante una exacta apreciación del riesgo pueden decidir justamente si asumirlo o no, y en el caso de que decidan por la celebración del contrato, determinar el justo precio o prima que debe pagar el asegurado."

acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la declaración del riesgo. (...) Si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro, quedará el asegurador liberado del pago de la prestación.”

La doctrina jurisprudencial, ha venido exigiendo con reiteración, que para la aplicación de la sanción de nulidad del contrato por dolo o culpa grave, es requisito ineludible que el asegurado sea sometido a un cuestionario previo en el que deba declarar sobre las circunstancias relativas al riesgo, sin el cual no puede haber declaración inexacta.

<sup>186</sup> Y tal declaración inexacta no existe, según se desprende del último inciso del artículo 10.3 LCS, “si el asegurador no le somete a cuestionario, o cuando aun sometiéndoselo se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no están comprendidas en él”.

El dolo a que se refiere el último inciso del artículo, ha de referirse no a la omisión del alcance real del estado de salud del asegurado, circunstancia que este puede desconocer, sino a todas aquellas circunstancias por él conocidas relativas a su estado de salud y que puedan tener relevancia para la valoración del riesgo y en su caso la efectiva contratación del seguro. Al dolo ha de equipararse la culpa grave,<sup>187</sup> de modo que no solo la ocultación consciente de un determinado estado de salud, sino también la de las sospechas que razonablemente pueda tener el asegurado o el tomador sobre ese estado y que puedan condicionar la suscripción del seguro deben ser motivo de nulidad del contrato.<sup>188</sup>

La precisión de si un determinado supuesto es meramente culposo por parte del tomador, o bien se ha debido a culpa grave, no es tarea fácil ya que la línea divisoria

---

<sup>186</sup> SSAP de Asturias de 6 de noviembre de 2010 (AC 2010, 604), de Castellón de 11 de marzo de 2008 (AC 2008, 1639).

<sup>187</sup> SSTs de 14 de junio de 2006 (RJ 2006, 3132), 7 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 7915). Nuestro Tribunal Supremo asume que el artículo 10 LCS, comprende el caso de declaraciones inexactas o reticentes por dolo, es decir, cuando esas declaraciones tienen como finalidad el engaño del asegurador, aun cuando no se tenga la voluntad de dañar a la otra parte (artículos 1260 y 1269 del CC y, también, aquellas declaraciones efectuadas por culpa grave, esto es, con una falta de diligencia inexcusable en la contestación del cuestionario.

<sup>188</sup> SSAP de Huelva de 16 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 47698), y de 10 de junio de 2010 (JUR 2010, 356422).

existente entre culpa leve y grave es sutil. Sólo a la vista de cada caso concreto, podrá determinarse si nos encontramos ante un supuesto de culpa grave o no. Todo ello es de libre apreciación del Tribunal sentenciador en cuanto, siendo conceptos jurídicos, han de resultar de lo actuado como hechos, conductas y circunstancias que el órgano judicial interpreta y valora, para decretar su concurrencia, si bien ha de valorarse, en lo posible, con criterios objetivos. No se trata solamente de calificar la conducta del declarante asegurado como de buena o mala fe, sino sobre todo atenerse a la objetividad de si la conducta del asegurado o tomador del seguro viene a frustrar la finalidad del contrato para su contraparte, al proporcionarle datos inexactos o manifestar una actitud de reserva mental que le viene a desorientar e impulsar a celebrar un contrato, que no hubiera concertado de haber conocido la situación real del tomador o asegurado.<sup>189</sup>

El tratamiento de la obligación del tomador del seguro en nuestra doctrina jurisprudencial<sup>190</sup> puede sintetizarse en los siguientes puntos: A) El propósito que pueda haber inducido a concertar la póliza de seguro de vida resulta irrelevante en cuanto se refiere a la carga de cumplimentar el cuestionario que corresponde al tomador del seguro, quien debe dar respuesta a las preguntas que le formula el asegurador. B) Que dicho cuestionario en modo alguno constituye una cláusula limitativa de derechos. C) Que no existe una exigencia de forma especial para el mismo, por lo que ha de reconocerse plena eficacia a la "declaración de salud" que suele insertarse en las pólizas a que nos referimos. D) Que incumbe al contratante del seguro el deber de declarar con la máxima buena fe todas las circunstancias que

---

<sup>189</sup> STS de 8 de mayo de 2008 (RJ 2008, 2829).

<sup>190</sup> STS de 14 de febrero de 2014 (RJ 2014,856): "el asegurado era consciente de la enfermedad que padecía y al no manifestarlo en el cuestionario omitió un dato trascendental que habría provocado razonablemente el rechazo de la solicitud de seguro, o, cuando menos, una elevación de la prima, por lo que de acuerdo con el art. 10 de la LCS el asegurador queda relevado del pago de la prestación que se pretende por los actores.", en el mismo sentido la STS de 18 de julio de 2012 (RJ 2012, 8998). STS de 8 de mayo de 2008 (RJ 2008,2829): "el tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador y de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo". STS de 10 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 4964), en virtud de la cual se pone de relieve que a las resultas de los datos declarados por el tomador, sobre los que fue cuestionado, y le "es plenamente imputable (...) la inexactitud o reticencia apreciada", en el mismo sentido SSTs de 23 de diciembre de 2005 (RJ 2006,1215) y 21 de abril de 2004 (RJ 2004,2458) , entre otras.

delimitan el riesgo, como sucede con el estado de salud, cuya decisiva influencia es evidente en cuanto se refiere a la concertación del seguro de vida. E) Que la ley sanciona la omisión voluntaria de una enfermedad que se padece o ha padecido, en cuanto el conocimiento de la misma pueda trascender a las condiciones contractuales o a la propia celebración del contrato. F) Que la violación del deber de declaración ha de valorarse, en lo posible, con criterios objetivos, atendiendo a si se ha frustrado la finalidad del contrato para el asegurador, al proporcionarle datos inexactos o silenciar los que han de considerarse relevantes, induciéndole a celebrar un contrato que no hubiera concertado de haber conocido la verdadera situación del asegurado. En definitiva, existirá la violación mencionada cuando el riesgo declarado y tenido en cuenta a la hora de la perfección del contrato sea distinto del en aquel momento realmente existente. G) La exoneración al asegurador del pago de la prestación pactada solo tiene lugar en los casos de culpa grave o dolo del tomador del seguro, al haberse abstenido de manifestar circunstancias por él conocidas que afectan decisivamente a la valoración del riesgo. H) El concepto de dolo que establece el artículo 1269 del Código Civil no solo comprende la insidia directa e inductora, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente, adoptando una conducta negativa que causa maliciosamente el engaño del otro contratante haciéndole creer lo que no existe o bien ocultándole la verdadera realidad y a la que se refiere el inciso final del párrafo tercero del art. 10 LCS.

Ahora bien, cabe subrayar que el deber de declaración del riesgo se ha concebido<sup>191</sup> más que como un deber de declaración, como un deber de contestación o respuesta del tomador de lo que se pregunta por el asegurador, ya que éste, por su mayor conocimiento de la relevancia de los hechos a los efectos de la adecuada valoración del riesgo, debe preguntar al contratante aquellos datos que estime oportunos, exonerándosele de tal deber, según determina el artículo 10 LCS, último párrafo, cuando el asegurador no le someta cuestionario o cuando, aún sometiéndoselo, se

---

<sup>191</sup> Directiva 88/357/CEE de 22 de junio de 1988. (LCEur 1988, 792).

trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él.<sup>192</sup>

Este deber también es predicable respecto al contrato ya en vigor, por cuanto el artículo 11 LCS señala que el tomador del seguro o el asegurado deben, durante el curso del contrato, comunicar al asegurador, tan pronto como sea posible, todas las circunstancias que agraven el riesgo y que sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por la compañía en el momento de la perfección del contrato, ésta no lo habría celebrado o lo hubiera hecho en circunstancias más gravosas.

En este caso la falta de deber de declaración, se produce durante la relación jurídica contractual, por cuanto concurren hechos nuevos que alteran las circunstancias que sirvieron de base para la primera declaración. Este precepto no prevé la liberación del asegurador en este caso.

Otro de los deberes que derivan de la obligación del asegurado de usar correctamente el servicio es el que recoge el artículo 16 LCS que prevé el deber de facilitar al asegurador las informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro. Dispone el precepto que, en caso de violación de éste deber, la pérdida del derecho de indemnización sólo se producirá en el supuesto de que concurra dolo o culpa grave. La excepción descrita supone una sanción considerablemente grave para el asegurado por lo que su aplicación es restrictiva.

### ***2.3.3.-La obligación de minorar las consecuencias del siniestro.***

El artículo 17 de la LCS recoge expresamente la obligación,<sup>193</sup> que recae sobre el asegurado de aminorar las consecuencias del siniestro. Si se vulnera ésta obligación, la compañía puede oponer a la acción entablada por el asegurado la concurrencia de

---

<sup>192</sup> SSTs de 15 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8423) y 1 de junio de 2006 (RJ 2006, 3063).

<sup>193</sup> “El asegurado o el tomador del seguro deberán emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro. El incumplimiento de este deber dará derecho al asegurador a reducir su prestación en la proporción oportuna, teniendo en cuenta la importancia de los daños derivados del mismo y el grado de culpa del asegurado. Si este incumplimiento se produjera con la manifiesta intención de perjudicar o engañar al asegurador, éste quedará liberado de toda prestación derivada del siniestro.”

culpas y a sus resultas obtener una minoración o ajuste de sus responsabilidades en el siniestro, del mismo modo esta obligación afecta a la relación beneficiario/médico y se configura como carga del primero cuya contravención puede ser utilizada por el facultativo asimismo como excepción.

Es evidente la dificultad que entraña la labor del juez en la determinación de los supuestos en los que el asegurado/paciente puede o no minorar las consecuencias de su enfermedad, y sobre todo cuándo es imputable, si quiera en parte, un determinado resultado lesivo, a esa conducta activa u omisiva.<sup>194</sup>

La culpa del paciente opera como causa de interrupción total o parcial del nexo causal y justifica la minoración, incluso la exoneración de la responsabilidad del facultativo o de la compañía.<sup>195</sup>

La obligación de minoración de las consecuencias del siniestro descrita en el marco del contrato de seguro también es carga del beneficiario en atención al contrato suscrito entre la compañía y el promitente, lo que implica para el paciente, una diligencia en el seguimiento del tratamiento prescrito o de las indicaciones dadas por el médico, toda vez que un comportamiento desordenado o negligente del paciente que incide en un empeoramiento de sus circunstancias de salud es excepción oponible por el profesional a la reclamación efectuada en su contra.

Para ello, es esencial la correcta información al paciente por parte del facultativo que va a someterle a tratamiento médico o quirúrgico, que se configura como requisito

---

<sup>194</sup> SAP de Málaga de 27 de abril de 2004 (JUR 2004, 148652). Se exime de responsabilidad al médico en relación a la extirpación de una mama, por cuanto la paciente haciendo caso omiso al médico deja pasar el tiempo sin intervenir.

<sup>195</sup> Por todas, SSTs de 7 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7388). Trata sobre el concurso de culpas a las resultas de un accidente en el que fallece una persona. Señala al respecto que “cuando el daño de cuya indemnización se trate sea resultado de conductas concausales todas ellas reprochables culpabilísticamente, se hace necesario discernir el grado y naturaleza del respectivo aporte de culpabilidad, acompañándose la cuantía de la responsabilidad al grado y naturaleza de la culpabilidad; siendo axiológico y pertinente a la «quaestio iuris» este aspecto de la determinación del grado e índole de la culpabilidad atribuible a cada uno de los causantes del daño. Si la víctima contribuyó culpabilísticamente a la causación de su daño, en la misma medida de la intensidad y carácter de su aporte culpabilístico, deberá reducirse la responsabilidad de los demás quienes correlativamente al suyo personal responderán frente a la misma, solidariamente.”

previo del consentimiento del paciente<sup>196</sup> y presupuesto para que pueda ponderarse debidamente la diligencia de éste en el correcto uso de los servicios dispensados.

Actualmente el consentimiento informado se encuentra regulado en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre de 2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.<sup>197</sup> La ley prevé que si no se realiza adecuadamente un consentimiento informado, ello implica un acto de negligencia profesional o médica que puede dar lugar a la consiguiente responsabilidad.<sup>198</sup> De hecho se configura como derecho esencial del paciente, que incluye el derecho a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, y a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, excepto cuando la urgencia no permita demoras que haga peligrar la vida del paciente o pudiera causarle graves lesiones de carácter inmediato.

El consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial<sup>199</sup>, constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y ahora, con más precisión, con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad a la persona y autonomía de su voluntad. Es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular

---

<sup>196</sup> STS 21 de Octubre de 2005 (RJ 2005, 8547).

<sup>197</sup> Deroga los apartados 5 y 6 del artículo 10 de la Ley General de Sanidad 14/1986.

<sup>198</sup> SSTs de 29 de junio de 2007 (RJ 2007, 3871), 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8059), 2 de julio de 2002 (RJ 2002, 5514).

<sup>199</sup> SSTs de 21 de diciembre 2005 (RJ 2005, 10149), 23 de julio de 2003 (RJ 2003, 3916).



estado y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia, sin que ello implique una defectuosa utilización del servicio sanitario.<sup>200</sup>

---

<sup>200</sup> SSTs de 13 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3279) y 22 de septiembre 2010 (RJ 2010, 7135), entre otras.

### **CAPÍTULO III**

#### **LA RESPONSABILIDAD DE LA COMPAÑÍA POR ACTO MÉDICO. POSIBILIDADES DE ORDENACIÓN.**

##### **1.- Responsabilidad civil extracontractual de la compañía por hecho ajeno.**

Existen pronunciamientos jurisprudenciales muy discutidos doctrinalmente, que mantienen una visión restrictiva de las obligaciones contractuales asumidas por las aseguradoras, en el sentido de considerar a la aseguradora una mera intermediaria entre el usuario y el prestador del servicio médico. Como consecuencia de lo anterior, su responsabilidad no alcanzaría a la correcta ejecución de los servicios sanitarios, por entender que éstos son ejecutados por tercero ajeno a la órbita negocial, que tiene frente al paciente/asegurado responsabilidad extracontractual.<sup>201</sup>

La acción de responsabilidad contractual del artículo 148 TRLCU, no supone que la compañía haya de responder en todo caso, sino cuando le sea imputable. La causa ajena, rompe la relación de causalidad y por tanto exonera de responsabilidad a la compañía. La acción u omisión culposa del facultativo supone un necesario antecedente para la imputación del resultado lesivo a la compañía y por tanto no puede ser ajena en el curso causal, para lo cual se hace necesario situarlo en la órbita del contrato.

Para que la entidad aseguradora asuma la responsabilidad de una acción u omisión ajena a su actividad que es esencialmente organizativa, es necesario vincular la actuación del médico a esa organización, y es ahí donde entra la relación de

---

<sup>201</sup> STS de 27 de septiembre de 1994 (RJ 1994,7307).

dependencia,<sup>202</sup> que precisamente evita que el acto médico se convierta en causa ajena.<sup>203</sup>

Como el asegurado no firma contrato alguno con el facultativo que le atiende, la responsabilidad que cabe postular de la compañía frente al daño ocasionado por una mala praxis es extracontractual por hecho ajeno, mientras que la responsabilidad que deriva del TRLCU es contractual, por hecho propio, lo que ya de por sí supone un solapamiento de regulaciones que en la práctica no se presentan como excluyentes por cuanto la relación de dependencia va a determinar la responsabilidad de la compañía a las resultas del artículo 148 TRLCU. La compañía se constituye en último garante del servicio y no es mera intermediaria. La regulación del TRLCU es insuficiente de por sí para explicar el esquema de responsabilidad de la compañía porque no comprende el acto médico. Se circunscribe exclusivamente a aspectos organizativos, de provisión o suministro del servicio y representa una garantía adicional para el consumidor de que el servicio que contrata tiene unos niveles determinados de calidad en términos de seguridad y eficiencia.

Las mayoría de las compañías sanitarias en su pólizas asume la prestación del servicio sanitario, lo que no quiere decir que presten directamente el servicio porque su actividad es esencialmente asegurativa, sino que concertarán convenios y acuerdos con facultativos y centros médicos para que la presten. Precisamente esos convenios y acuerdos, tengan la naturaleza jurídica que tengan (civil o laboral), determinarán que el acto médico singularmente contemplado en ejecución de la póliza, no pueda catalogarse como causa ajena a la esfera de responsabilidad de la compañía sanitaria sino que se contextualice en la órbita del contrato de asistencia sanitaria.<sup>204</sup>

La póliza no se limita a cubrir los daños que se le producen al asegurado cuando tiene que asumir los costes para el restablecimiento de su salud, sino que se dirige a facilitar

---

202 SANTOS BRIZ, J. "La responsabilidad por hecho ajeno. Su proyección en la disposición 8 de la Ley 30/1995 de o de noviembre y el nuevo Código Penal" Revista de Derecho Privado. Mayo 1997. p 339.

203 GAZQUEZ SERRANO, L. "las nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil del empresario." Colección Derecho de Daños. Director: Domingo Bello Janeiro. Ed. Reus. Madrid. 2012, p. 13.

204 SSTs de 16 enero de 2012 ( RJ 2012,1784) y de 4 de junio 2009 (RJ 2009, 3380).

los servicios sanitarios incluidos en la póliza a través de facultativos, clínicas e instalaciones adecuadas, conforme resulta del artículo 105 LCS , con criterios de selección que se desconocen, más allá de lo que exige la condición profesional y asistencial que permite hacerlo efectivo. Y si bien es cierto, como apunta algún sector de la doctrina, que posiblemente sería necesaria una mejor delimitación de los artículos 105 y 106 LCS , que estableciera el alcance de las respectivas obligaciones de las partes y su posición frente a los errores médicos y hospitalarios, también lo es que la redacción actual no permite otros criterios de aplicación que los que resultan de una reiterada jurisprudencia sobre el contenido y alcance de la norma y la responsabilidad que asumen las aseguradoras con ocasión de la defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales, como auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente convenida, en unos momentos en que la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela bajo la apariencia y la garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad.<sup>205</sup>

Al asegurado se le garantiza la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria que proceda, en los términos que autoriza la Ley de Contrato de Seguro y lo convenido en el contrato, y esta relación que se establece entre una y otra parte garantiza al asegurado, entre otras cosas, las prestaciones sanitarias incluidas en la póliza por medio de un cuadro médico cuyos integrantes vienen a actuar como auxiliares contractuales para la realización de las prestaciones, a partir de lo cual es posible responsabilizarla por los daños ocasionados, ya sea por concurrir *culpa in eligendo* o porque se trata de la responsabilidad por hecho de tercero. La obligación del asegurador no termina con la gestión asistencial, sino que va más allá, en atención a la garantía de la calidad de los servicios que afectan al prestigio de la compañía y consiguiente captación de clientela.

La Compañía aseguradora responde extracontractualmente frente al asegurado por el daño producido por acción u omisión del facultativo o centro sanitario dependiente.

---

<sup>205</sup> STS de 16 de enero de 2011 (RJ 2011,1784).

La dependencia conecta el acto médico con la actividad de la compañía y hace a esta, responsable de aquél. No existe contrato entre médico y paciente sino que la vinculación deriva de forma indirecta de la relación que une a ambas partes con la compañía aseguradora. La responsabilidad de la compañía se presenta también como una responsabilidad solidaria con la obligación del causante,<sup>206</sup> y desde luego, directa, nunca subsidiaria, porque es el empresario quien se aprovecha de la actividad del profesional, consiguiendo una ampliación beneficiosa de la esfera negocial.<sup>207</sup>

Por lo que respecta a la nota de dependencia, la casuística es amplia: con carácter general, nuestra jurisprudencia entiende que hay dependencia y por tanto responsabilidad por hecho ajeno, cuando el principal regula el tiempo y lugar de trabajo, se reserva funciones de control, vigilancia o dirección de las labores encargadas, pone a disposición del agente los instrumentos y medios de trabajo necesarios o asume los riesgos económicos o financieros de la actividad.<sup>208</sup>

Por el contrario no hay dependencia, en el caso de contratista o prestador de servicios independiente<sup>209</sup>, con la facultad de determinar los pacientes que debe atender y los precios y tarifas correspondientes a cada acto médico<sup>210</sup>.

El hecho de prestar servicios médicos en un establecimiento sanitario, sea ambulatorio u hospitalario, de asistencia general o especializada; o en un establecimiento concertado con el Sistema Nacional de Salud; o en un establecimiento propiedad de la compañía aseguradora o de una sociedad médica, no dice nada en cuanto a la

---

206 STS de 10 de septiembre de 2012 (2012, 11046), 20 de diciembre de 2007 (2007, 9054), 12 de diciembre de 2002 ( RJ 2002, 10978), entre otras. Dejamos simplemente enunciada la problemática de la responsabilidad “in solidum” de compañía y facultativo, que será analizada más adelante con profusión al tratar la constitución de la relación jurídico procesal en particular la excepción de litisconsorcio.

207 STS de 16 de enero de 2012 (2012, 1784) y 13 de junio de 2007 (RJ 2007, 3509).

208 MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. “La responsabilidad civil del empresario por los perjuicios ocasionados por sus dependientes”. op. cit. p.1127.

<sup>209</sup> SSTs de 4 de noviembre de 2010 (2010,7988), 26 de abril de 2007 ( RJ 2007, 3176), 5 de enero de 2007, entre otras.

<sup>210</sup> SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de mayo de 2009 ( AS 2009, 2556). STS de 29 de diciembre de 1999 (RJ 2000,1427).

naturaleza de la relación que vincula al profesional con la entidad; esa naturaleza puede ser laboral o civil.<sup>211</sup>

La pertenencia del médico al entramado funcional u organizativo de la compañía, su inclusión en sus cuadros facultativos, sí es un dato relevante a la hora de apreciar la existencia de una relación de dependencia entre el profesional y la aseguradora, más allá de la vinculación laboral, civil o mercantil,<sup>212</sup> a tiempo completo o a tiempo parcial, que puedan tener.<sup>213</sup> La antigua exigencia jurisprudencial de que el trabajo se prestara con carácter exclusivo a un solo empresario, hace tiempo que decayó, rigiendo el deber de exclusividad, sólo en los casos en que se haya celebrado un pacto de plena dedicación.<sup>214</sup>

Esta indeterminación guarda directa relación con la objetivación de la responsabilidad del empresario y la mejor protección de la víctima. El concepto que se maneja es funcional<sup>215</sup>, por encima del *nomen iuris* de la relación jurídica que une a médico y compañía. Lo que prevalece es el carácter ajeno del interés gestionado.

---

<sup>211</sup> MONTOYA MELGAR, A: "Trabajo autónomo y contrato de trabajo en las profesiones sanitarias" en Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración. Estudios. 2010.

<sup>212</sup> Artículo 1, 4.2, 41 y 42 de la Ley 44/2003 de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias. La Ley se hace eco de la dualidad básica de vías de prestación de servicios laboral y no laboral, distinguiendo reiteradamente el ejercicio por cuenta propia o ajena, que considera compatibles. Abierta ésta doble posición jurídica, la precitada Ley no pone demasiado énfasis en detallar cuáles son los tipos contractuales que corresponden a cada una de esas opciones, limitándose a señalar que "la prestación de servicios por cuenta propia o ajena podrá prestarse en cualquiera de las formas contractuales previstas en el ordenamiento jurídico"

<sup>213</sup> BARCELÓ DOMENECH, J. "Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes", Madrid, 1995, pp 314 y ss.

<sup>214</sup> Artículo 21.1 del Estatuto de los trabajadores. STSJ de Andalucía, Granada de 17 de septiembre de 2001 (AS 2001,4059), del País Vasco de 9 de noviembre de 1999 (AS 1999,3799).

<sup>215</sup> STS de 24 de marzo de 2001 (RJ 2001/3986). Se declara responsable a la sociedad titular del centro hospitalario, debido a la dependencia funcional que no laboral del médico negligente. Entiende la Sala que "al elegir la clínica al médico se privó a los actores de llevarla a cabo y en tal situación el especialista estaba indudablemente sometido a la disciplina interna de la clínica, en relación de dependencia funcional, lo que instaura la responsabilidad sanitaria directa y solidaria por culpa "in eligendo". Aunque no se trata de la efectiva dependencia laboral, la afirmación del carácter colaborador del especialista, permite la aplicación del artículo 1903 CC.

Tradicionalmente<sup>216</sup>, se ha reservado la figura del contrato de arrendamiento de servicios<sup>217</sup> para articular jurídicamente las relaciones jurídicas en las que intervienen profesionales liberales, superando la histórica teoría del mandato<sup>218</sup>, y negándose su asimilación al contrato laboral<sup>219</sup>.

Se negó dicha asimilación porque resultaba incompatible la concepción de la labor del profesional sometido a la “lex artis” por encima de consideraciones organizativas, económicas, coyunturales o de mercado y su sujeción al poder directivo empresarial que comporta toda relación laboral, (dependencia laboral y subordinación)<sup>220</sup>. Lo que

---

<sup>216</sup> La jurisprudencia confirma esta tendencia desde la sentencia de 27 de octubre de 1899, y con el paso del tiempo ratifica esta posición clara y abiertamente en sentencias posteriores que devienen prototípicas como la del 16 de febrero de 1935. En este sentido, vale la pena conocer la del 2 de junio de 1960 cuya elocuencia es patente y preclara al declarar: Según la teoría hoy prevalente en el campo científico, el contrato relativo al ejercicio de una profesión liberal, no es otra cosa que un arrendamiento de servicios, ya que desde el punto de vista de la clasificación jurídica, no puede tenerse en cuenta más que los elementos constitutivos del contrato, y éstos son idénticos así en el que tiene por objeto la prestación de un trabajo material como en aquél cuyo objeto es la prestación intelectual, y aunque de una manera eventual y accesoria puedan ser encomendadas a los abogados gestiones propias del contrato de mandato o poderes de representación, en su esencia los servicios de los letrados como de las demás personas que ejerzan profesiones liberales, no constituyen más que una modalidad del que la tradición jurídica y nuestro Código Civil vienen llamando contrato de arrendamiento de servicios, pues, como reconoce nuestra jurisprudencia desde antiguo: "el molde amplísimo del contrato de prestación o arrendamiento de servicios cobija sin género de duda, los servicios superiores y muy calificados de quienes, como los médicos, ejercen las llamadas profesiones y artes liberales".

<sup>217</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. Elementos de derecho civil, t. II, vol. III, Dykinson. Madrid. 2011. p. 183; DIEZ PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, “Sistema de derecho civil”, Madrid, vol. II, op. cit pp. 462 y 479; ALBADALEJO, M: “Curso de Derecho civil español”, volúmenes II, vol 2, 11ª edición, Ed. Edisofer. Madrid, 2010, p. 220. En el régimen jurídico español, tanto la doctrina como la jurisprudencia estiman que la relación médico-cliente como arrendamiento de obra es un caso de excepción (cirugía reparadora o estética), ya que la regla general, es considerarla como arrendamiento de servicios. Esta postura radica en la diferencia que subsiste entre tales contratos. Pues mientras en el arrendamiento de servicios se busca desarrollar una actividad, en el de arrendamiento de obra se pretende el resultado útil de dicha actividad. Los casos ambiguos deberán considerarse como arrendamiento de servicios cuando el resultado no dependa de quien efectúa el trabajo. Ahora bien, hay autores que sostienen que los servicios objeto del contrato de arrendamiento de obra no tienen que ser necesariamente materiales, pueden ser objeto de servicios profesionales.

<sup>218</sup> STS de 10 de abril 1962 (RJ 1962/2263).

<sup>219</sup> FERNÁNDEZ HIERRO JM “Sistema de responsabilidad médica” 5ª ed. Comares Granada 2007 p 30. 220GRITAMA GONZÁLEZ, “Configuración jurídica de los servicios médicos” en Estudios de Derecho público y Privado. Tomo I. Valladolid 1965, pp 349 y 366 y ss. FERNÁNDEZ HIERRO, JM “Sistema de responsabilidad médica” 5ª ed. Comares. Granada 2007, p 21 y 28. GARCÍA VALDECASAS “La esencia del mandato” en Revista de Derecho Privado, 1944, p 773. La teoría del mandato hoy superada, ha sido la más antigua de las que se han aplicado a las profesiones liberales. El mandato, contrato en virtud del

se manifiesta en el deber de obediencia a órdenes e instrucciones que de ordinario van referidas al contenido mismo de la prestación, pero que respecto de determinadas actividades aluden sobre todo a las circunstancias de tiempo (jornada, horarios, turnos, descansos) y lugar de esa prestación (asignación de puesto de trabajo, desplazamientos y traslados); circunstancias cuya determinación por el empresario no invade la autonomía técnica del profesional.<sup>221</sup>

Estas objeciones al carácter laboral del vínculo de los profesionales sanitarios al servicio de organizaciones se superaron hace tiempo, merced a una interpretación jurisprudencial menos rigurosa y por tanto más flexible de la noción de dependencia laboral<sup>222</sup>.

El artículo 4.7 de la Ley 44/2003 de 21 de noviembre de ordenación de las profesiones sanitarias, hace compatible la autonomía técnica y científica con el sometimiento del profesional sanitario a una serie de exigencias que no implican dependencia en términos de imputabilidad de responsabilidad a las compañías por hecho ajeno. Hablamos de exigencias de formalización de las historias clínicas, el sometimiento a criterios unificados de actuación documentados en guías y protocolos de práctica clínica y asistencial y de sujeción a normas de funcionamiento interno.

---

cual una persona se obliga a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra atendiendo a las instrucciones del mandante desde luego no parece la figura más adecuada toda vez que el médico no tiene por qué seguir las instrucciones ni del paciente, ni de la compañía en cuyo nombre atiende al mismo. Además el mandato es por esencia gratuito y parece que es forzar la esencia del contrato aplicarlo a obligaciones que son de suyo retribuidas. La finalidad esencial del mandato, es la sustitución de una persona por otra, lo que no encaja en la figura del médico o en general del profesional liberal además es esencialmente revocable sin derecho a percibir ningún tipo de indemnización a las resultas de dicha revocación.

<sup>221</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I.A: “Actividades profesionales” en J. García Murcia (Dir.): El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado, Thomson Civitas, Navarra, 2007 pp 150 y ss.

<sup>222</sup> Postura generalmente seguida por nuestra jurisprudencia en numerosísimas sentencias, así podemos citar: SSTs de 4 de noviembre de 2010 (2010,7988), 26 de abril de 2007 (RJ 2007, 3176) y 5 de enero de 2007 (RJ 2007, 552), entre otras. Esta posición no es nueva y viene de antiguo, así podemos citar SSTs de 19 de abril de 1966 (RJ 1966/2145), que recoge que la autonomía científica y técnica del trabajador es compatible con su situación de dependencia jurídico laboral y por tanto con la existencia del contrato de trabajo, SSTs de 7 de abril de 1941 (RJ 1941/526) y 15 de abril de 1941 (RJ 1941/540), admiten que los trabajadores intelectuales, incluidos los profesionales de la medicina, pueden celebrar contratos de trabajo.



La dependencia derivada de dichas exigencias es la que natural e inexcusablemente acompaña al ejercicio de la profesión sanitaria en una organización, lo que no implica que el empresario deba quedar exonerado<sup>223</sup>.

La atenuación e incluso la desaparición de la dependencia técnica en el caso de los profesionales sanitarios por cuenta ajena tiene su paralelo, en el régimen especial de los abogados al servicio de despachos de abogados.

El RD 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos, concilia en este sentido, el poder de dirección del titular del despacho sobre el abogado con la libertad e independencia profesional de éste en el ejercicio de su profesión.

Esta operación de flexibilización de la nota de dependencia laboral de los profesionales sanitarios se suma a la tendencia de constante relajación general de la misma nota, reconocida por la jurisprudencia, de modo que el concepto actual de dependencia es

---

223 CABANILLAS SANCHEZ, A. "La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica" ADC, 2003, pp 167 y ss. STS de 4 de noviembre de 2010 (2010,7988): "la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, asume que este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (SSTS de 26 de abril de 2007 (RJ 2007, 3176), 5 de enero de 2007 (RJ 2007, 552) 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8057). Por su parte STS 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7238) dispone que: "Por medio del contrato de seguro de asistencia sanitaria el asegurador se obligó sólo a prestar la asistencia correspondiente al padecimiento (enfermedad o lesión) del asegurado, sino también la más segura y eficaz, alcanzando así a la elección del facultativo adecuado que se pone al servicio del cliente; prestación sanitaria que resultará defraudada si la asistencia recibida resulta incorrecta y conlleva graves consecuencias dañosas morales y materiales para el paciente, derivadas de una actuación negligente del facultativo elegido por el asegurado, dando lugar a una responsabilidad contractual por parte del asegurador por incorrecto cumplimiento de las prestaciones del contrato". Asimismo, el contrato de seguro de asistencia sanitaria exige la previa concertación entre la entidad aseguradora y cada uno de los médicos y centros hospitalarios que forman su cuadro médico, lo cual se produce por medio de un contrato de arrendamiento de servicios." estableciéndose así una relación de dependencia cuando menos económica y funcional que da lugar a la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, establecida con carácter general en el art. 1903,4º CC, caso de producirse daños y perjuicios concretos con motivo de una actuación culpable o negligente del facultativo."

más flexible, menos rígido y compatible, no sólo con la aludida autonomía técnica, sino con una cierta libertad de horarios, de modalidades salariales, etc.. Todo ello apunta a un ensanchamiento del ámbito de aplicación del contrato de trabajo, pero también contribuye a que las fronteras entre el trabajo por cuenta ajena y el autónomo se debiliten y en muchos casos la identificación de uno y otro sea una labor realmente complicada.<sup>224</sup>

Desde el punto de vista inverso, ocurre que ciertos signos que tradicionalmente se han considerado como reveladores de la dependencia, hoy están presentes en la gran mayoría de las actividades profesionales, tengan o no régimen laboral, con lo cual, las fronteras entre los profesionales dependientes e independientes, se hacen a su vez más borrosas en el caso de la actividad sanitaria.

Ello es debido a que el trabajo por cuenta ajena como el trabajo por cuenta propia al servicio de organizaciones sanitarias, tienen en común principios y estructuras organizativas (funciones de gestión clínica, equipos de profesionales articulados de modo jerarquizado o coordinado, etc.) que, en una primera mirada parecería que son definidores de una situación de dependencia jurídico laboral, pero que hay que distinguir cuidadosamente de ésta como definidores de una dependencia funcional.

Esa relación de dependencia se manifiesta, entre otras cosas, en la organización misma de sus plantillas médicas y hospitalarias por las aseguradoras de asistencia sanitaria, en la necesaria sujeción de determinadas pruebas clínicas y prácticas quirúrgicas a la autorización de la compañía aseguradora, en la existencia manifiesta de determinadas exigencias a los facultativos que forman parte de su cuadro médico, relacionadas por ejemplo con la tenencia y renovación de determinados materiales (según la especialidad) así como con la obligatoria suscripción de un seguro de responsabilidad civil hasta una cierta cantidad, y, aunque no se desprenda palmariamente de los

---

<sup>224</sup> Algunas sentencias del Tribunal Supremo como la de 27 de noviembre de 2007 (RJ 2007/9343) ha llegado a decir que tanto la profesión médica como en general en las profesiones liberales, la nota de la dependencia en el modo de prestación de los servicios se encuentra muy atenuada a la vista de las necesidades deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas.

contratos de servicios, en la más que presumible existencia de recomendaciones o sugerencias sobre concretas prácticas clínicas u hospitalarias.<sup>225</sup>

La dependencia exige, al margen del *nomen iuris*, una conexión temporal (dentro del horario de trabajo), espacial (en el centro de trabajo, o cualquier otro lugar donde se desarrolle la actividad), instrumental o formal (emplear medios materiales de la empresa o vestir uniforme o identificarse como empleado) de la actividad dañosa con el trabajo asignado. No siempre es nítida la relación existente entre la compañía y el médico y ambos representan ámbitos de actividad diversos.<sup>226</sup>

A tal efecto, se contempla la responsabilidad sanitaria en términos extensos, bastando el mero hecho de la inclusión del profesional en el cuadro médico de la compañía,<sup>227</sup> ello con independencia de que la relación sea laboral, de mero arrendamiento de servicios<sup>228</sup>, o de colaboración<sup>229</sup>. En este sentido aunque no se trate de efectiva dependencia laboral, la afirmación de carácter colaborador permite la aplicación del artículo 1903 CC.<sup>230</sup>

---

<sup>225</sup> SAP de Madrid de 9 de junio de 2010 ( AC 2010,1063).

<sup>226</sup> La STS de 27 de mayo de 1992 (RJ 1992, 3678), dictada en Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, señala «es imposible desconocer que la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros de naturaleza análoga, como el de ejecución de obra, el de arrendamiento de servicios, el de comisión, etc., regulados por la legislación civil o mercantil, en su caso, no aparece nítida ni en la doctrina científica y jurisprudencial, ni en la legislación, ni siquiera en la realidad social. Es cierto que la naturaleza de cualquier relación o vínculo contractual tiene un carácter ontológico que sólo se subordina a la voluntad de las partes en cuanto éstas establezcan las concretas circunstancias de la relación». En el mismo sentido SSTSJ de Galicia de 31 de octubre de 2011 (AS 2011, 2959), de Islas Canarias, Las Palmas, de 21 de noviembre de 2011 (AS 2012, 2024), y de Madrid de 10 de junio de 2011 (2011, 1870).

<sup>227</sup> SSTs de 23 de enero de 2009 (2009,1271), 20 de junio de 2008 (2008, 4260). SSAP de Las Palmas de 23 de febrero de 2013 (AC 2013,523), de Madrid de 4 de marzo de 2009 (AC 2009,745).

<sup>228</sup> SSTs de 4 de noviembre de 2010 (2010,7988).

<sup>229</sup> Sentencia de de 24 de marzo de 2001 ( RJ 2001, 3986). SSAP de Huelva de 31 de mayo de 2010 (AC 2010,1423).

<sup>230</sup> STS de 8 de abril de 1996 ( RJ 1996, 2882) : "la simple afirmación del carácter de colaborador del neurocirujano permite la aplicación del artículo 1903 CC y la condena del centro por los daños causados al demandante en el ejercicio profesional de uno de los médicos de su cuadro clínico." SSTs de 21 de septiembre de 1993 ( RJ 1993, 6650), 27 de septiembre y 6 de octubre de 1994, 11 de marzo de 1996 ( RJ 1996, 2410): "el especialista indudablemente está sometido a la disciplina interna de la clínica, en relación de dependencia funcional, lo que instaura responsabilidad sanitaria directa y solidaria por culpa "in eligendo". SAP de Burgos de 30 de diciembre de 2005 (AC 2005,124).

Hay algún autor que se significa al respecto, en el sentido de apuntar que una vez determinada la pertenencia del profesional sanitario a la esfera funcional del contrato de asistencia sanitaria, resulta irrelevante a efectos de responsabilidad por hecho ajeno el cauce jurídico elegido por la compañía para instrumentalizar la relación jurídica que mantendrá con el facultativo, ya sea en régimen laboral, mercantil o civil, individualmente o de modo asociado, en los términos previstos en la Ley 20/2007, de 11 de julio del estatuto del trabajo autónomo, y como modalidad específica, constituyendo una sociedad civil profesional de las reguladas en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.<sup>231</sup>

Al respecto debemos puntualizar que si bien es cierto que el *nomen iuris* de la relación jurídica privada que vincula al profesional con la compañía no puede determinar o a comprometer la apreciación de dependencia cuando se dé esa vinculación funcional u organizativa, habrá que analizar cada caso concreto para determinar si esta existe y no se puede inferir o presumir con carácter general ya que la relación de dependencia debe ser demostrada por el demandante y no cabe inversión de la carga de la prueba.<sup>232</sup>

Cuando el trabajador, arrendatario de servicios o colaborador se coloca fuera de las funciones para las que ha sido empleado o contratado, sin la autorización del empresario, se excluye su responsabilidad ex artículo 1903 CC.<sup>233</sup> Además se exige que el autor no hubiera actuado en interés propio, que la víctima desconociese que el autor actuaba al margen de sus funciones o desobedeciendo prohibiciones expresas, que el empresario hubiese conocido o podido conocer dicha actuación impropia, la hubiera autorizado, consentido o no prohibido expresamente, y la necesaria proximidad entre las funciones encomendadas al dependiente y los actos desencadenantes de los daños.

---

<sup>231</sup> CERVILLA GARZÓN, M.D: “La prestación de servicios profesionales.” Tirant lo Blanch. Valencia. 2001 pp 15 y ss.

<sup>232</sup> STS de 2 de julio de 1993 (RJ 1993,5789), SAP de Burgos de 30 de diciembre de 2005 (AC 2005,124) de Tarragona de 16 de diciembre de 2004 (AC 2005,196)

<sup>233</sup> SIERRA PÉREZ I. “Responsabilidad del empresario y relación de dependencia. Editorial Montecorvo. Madrid. 1997.

La responsabilidad por hecho ajeno en el ámbito sanitario no se conforma como un modelo de responsabilidad vicaria en el que la obligación de responder nace de la idea de representación de la compañía por sus dependientes.<sup>234</sup> No obstante, la interpretación que se hace por los tribunales va en el sentido de hacerlo,<sup>235</sup> porque se tiende a una progresiva objetivación de la responsabilidad basada en el hecho de que al beneficiarse de la actividad ha de correr necesariamente con sus riesgos.<sup>236</sup> La actividad sanitaria es una actividad que aún beneficiosa para la comunidad, encierra un riesgo para sus miembros, lo que determina que el beneficio que su explotación supone para quienes desarrollen la actividad ha de compensarse con la exigencia de una mayor responsabilidad y los efectos de un mayor rigor, exigencia y menor flexibilidad en cuanto a reproche por los daños que de ella se deriven.<sup>237</sup>

No obstante lo expuesto, nuestro Tribunal Supremo rechaza la teoría del riesgo como única fuente de responsabilidad por culpa extracontractual, puntualizando que el riesgo tiene que excluirse como base del resarcimiento cuando se trata de riesgos normales o razonablemente previsibles.<sup>238</sup>

Ese carácter objetivo de su responsabilidad determina que la compañía responde con independencia del grado de culpa en el que haya incurrido, ya que dispone de los

---

<sup>234</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M. "Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual" op. cit .pp 63 y ss.

<sup>235</sup> SSTs de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 7988), 21 de junio de 2006 (2006, 3080), SSAP de Madrid de 17 de enero de 2011 (AC 2011,293) y Sevilla de 9 de diciembre de 2009 (AC 2010, 139160), aunque hay sentencias como la STS de 3 de abril de 1998 (RJ 1998,1873), que afirma que no se ha abandonado del todo el principio culpabilista aunque es cierto que se tiende hacia la responsabilidad por riesgo a través de la inversión de la carga de la prueba o por una objetivación creciente de la responsabilidad extracontractual.

<sup>236</sup> ZELAYA ETCHEGARAY, P. "La responsabilidad civil del empresario por daños causados por su dependiente". Pamplona, 1995, pág 181. MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. "La responsabilidad civil del empresario por los perjuicios ocasionados por sus dependientes". Revista de derecho Mercantil. 2006 II. p.1122. La concepción de la indemnización civil como una especie de pena criminal que se impone de manera directa al autor de un delito, es nota característica del Código penal español y su influencia en el sistema de responsabilidad vicaria supone que el empresario responde directamente de los actos dañosos de sus dependientes, no siendo necesario ni demandar a éstos, ni acreditar previamente su insolvencia.

<sup>237</sup> GAZQUEZ SERRANO, L. "las nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil del empresario." Colección Derecho de Daños. Director: Domingo Bello Janeiro. Ed. Reus. Madrid. 2012, p. 18.

<sup>238</sup> SSTs de 3 de diciembre de 2012 (2012,2279).

mecanismos para reducir el riesgo del daño creado por sus dependientes y auxiliares. Nuestro legislador en el ámbito de la responsabilidad del empresario, toma como referencia el enlace existente entre el daño producido por un empleado o dependiente y la falta de cuidado y vigilancia debidos por el principal.<sup>239</sup>

Nuestra jurisprudencia insiste en que el fundamento de la responsabilidad del empresario está en *la culpa in vigilando o in eligendo*<sup>240</sup> pero no en una actividad propia productora de un daño,<sup>241</sup> y la responsabilidad es directa.<sup>242</sup> El hecho de que los facultativos presten sus servicios con total libertad de criterio, de acuerdo con sus conocimientos científicos y técnicos, sin interferencias de las aseguradoras, hace recaer sobre la compañía una especial diligencia en la elección de los profesionales que comprenden sus cuadros médicos, así hay sentencias que ponen el acento en la elección directa del médico por la aseguradora como elemento determinante de su responsabilidad.<sup>243</sup>

## ***2.- Responsabilidad contractual de la compañía por acto médico. El profesional sanitario como auxiliar. Problemática y crítica.***

Nuestra doctrina jurisprudencial ha construido una teoría que, buscando dar mayor protección al asegurado en la garantía de ese fin último de resarcir el daño derivado de una mala praxis sanitaria, trata de soslayar las exigencias de la dependencia en la responsabilidad de las compañías por acto médico, identificando su actividad con la del propio facultativo, de forma que el cumplimiento del médico es cumplimiento de la

---

239 SSTs de 20 de julio de 2009 (RJ 2009, 3161), 30 de marzo de 2007 (RJ 2007,1613) o 24 de marzo de 2.003 ( RJ 2003, 2918).

<sup>240</sup> RUBIO GARCÍA-MINA, J., CASTRO Y BRAVO F. “La responsabilidad civil del empresario” Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1971, pp 31 y ss.

<sup>241</sup> BELLO JANEIRO, D. (Coord.) “Cuestiones actuales de Responsabilidad civil”. Ed Reus. Madrid. 2009.

<sup>242</sup> GALLEGU DOMÍNGUEZ, I. “Responsabilidad civil de los padres y tutores por daños causados por menores y personas incapacitadas” en Cuestiones actuales de responsabilidad civil” BELLO JANEIRO, D. (Coord). Reus, Madrid., 2009, p. 20 y 21.

<sup>243</sup> SSTs de 16 de enero de 2011 (RJ 2012,1784).

compañía.<sup>244</sup> La teoría se sustenta en el hecho de considerar al profesional sanitario como auxiliar o colaborador de las aseguradoras.<sup>245</sup>

La jurisprudencia incorpora en la praxis esta teoría poniendo el acento en la naturaleza contractual de la responsabilidad que contrae la compañía en razón a la publicidad de su actividad aseguradora. Se basa en que la aseguradora garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica.<sup>246</sup> Ese deber se puede inferir de la forma de actuación de los facultativos, en virtud del principio de apariencia, o de los actos de publicidad de la entidad aseguradora.<sup>247</sup>

Algunos ordenamientos utilizan el término auxiliar para hacer referencia a los terceros de los que se sirve el deudor para la ejecución de la prestación comprometida. El auxiliar no asume obligación frente al acreedor porque si la asume se convierte en deudor.<sup>248</sup>

El auxiliar es una persona física o jurídica que en cuanto tercero, no está obligado frente al acreedor, interviene como colaborador o auxiliar del deudor y por iniciativa y

---

<sup>244</sup> BECQUE E. "De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. Contribution à l'étude du droit comparé des obligations." Rev trim dr civ 1914, p. 304 y ss. JORDANO FRAGA, J. "La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento", Madrid, 1994, pp. 201 y ss.

<sup>245</sup> JORDANO FRAGA "La responsabilidad del deudor por los auxiliares...." op cit pp. 201 y ss.

<sup>246</sup> Son múltiples las sentencias que recogen "la llamada doctrina o principio de apariencia, o de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de consumidores". Podemos citar a modo de ejemplo las SSTs de 4 de junio de 2009 (RJ 2009,3380), 19 de diciembre de 2008 (RJ 2009,536), 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008,39), 8 de noviembre de 2007 (RJ 2007,8253), entre otras. Los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y en consecuencia corresponde a ésta la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga a resultas del contrato frente al asegurado, aseguradora y en consecuencia corresponde a ésta la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga a resultas del contrato frente al asegurado, dado que la actividad de los auxiliares se encuentra comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación. La garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta, pues, como criterio de imputación objetiva, cuando aparece que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio. Desde esta perspectiva, la responsabilidad de la aseguradora tiene carácter contractual, pero no excluye la posible responsabilidad del profesional sanitario frente al paciente con carácter solidario respecto a la aseguradora y sin perjuicio de la acción de regreso de ésta contra su auxiliar contractual.

<sup>247</sup> SSTs de 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 7998) en la que el seguro se contrató en atención a la garantía de calidad, o la de 4 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6066) en que se contrató en atención a la garantía de una correcta atención al enfermo.

<sup>248</sup> BECQUE E. "De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. Contribution à l'étude du droit comparé des obligations." Rev trim dr civ 1914, p. 304 y ss.

voluntad de éste en actividades relacionadas con el cumplimiento de la obligación que media entre dicho deudor y su acreedor.<sup>249</sup> Será completamente indiferente que esta persona se encuentre vinculada con el deudor por una relación de dependencia, subordinación o representación. Bastará simplemente que éste lo haya introducido por su propia iniciativa, en la dinámica de la obligación.<sup>250</sup> El comportamiento del auxiliar es relevante en cuanto se traduce en infracción del deudor,<sup>251</sup> siempre eso sí, que actúe dentro del marco de sus atribuciones,<sup>252</sup> que no exista prohibición legal al respecto, y que las partes no la hubiesen excluido.<sup>253</sup>

La compañía sanitaria asume como propia la actividad sanitaria que es realizada a través de auxiliares con la garantía de la prestación contractual que actúa como criterio de imputación objetiva. Mediante el contrato se garantiza el servicio, a pesar de lo que no se excluye la posible responsabilidad solidaria del sanitario, operando esa solidaridad como una garantía de resarcimiento del demandante.<sup>254</sup> La teoría no exime de responsabilidad al auxiliar, contra quien el lesionado puede ejercitar una acción de responsabilidad extracontractual, pero dicha acción no compromete la eventual condena indemnizatoria de la compañía bajo parámetros de responsabilidad contractual, por cuanto hace equivalentes la acción u omisión del auxiliar y la acción u omisión de la compañía.

Los ordenamientos de nuestro entorno recogen esta objetivación garantista de responsabilidad dando el mismo alcance a la culpa propia y a la que deriva de la actuación de terceros de los que se sirve el deudor para el cumplimiento de la

---

<sup>249</sup> JORDANO FRAGA, "La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento", Madrid, 1994. p. 45

<sup>250</sup> ZURITA MARTÍN, I. "La responsabilidad del contratista por sus auxiliares: estudio jurisprudencial del artículo 1596 del Código Civil en relación con la responsabilidad decenal" Revista General del Derecho. Núm 607, Abril 1995.p 3162.

<sup>251</sup> BECQUE E. "De la responsabilite du fait d'atruí en matiere contractuelle. Contribution a l'étude du droit compare des obligations." Rev trim dr civ 1914, p. 304 y ss.

<sup>252</sup> JORDANO FRAGA "La responsabilidad del deudor por los auxiliares...." op cit p. 170

<sup>253</sup> DIEZ PICAZO, DÍEZ- PICAZO, L., "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial" II. Navarra, 2011. p. 244.

<sup>254</sup> CARRERAS DEL RINCON. "La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal" Barcelona 1990 p. 140. Dejamos simplemente enunciada la problemática de la responsabilidad "in solidum" de compañía y facultativo, que será analizada más adelante con profusión al tratar la constitución de la relación jurídico procesal en particular la excepción de litisconsorcio.



obligación comprometida.<sup>255</sup> El auxiliar, en su condición de tercero, ajeno a relación obligatoria, que vincula a acreedor y a deudor, interviene en el cumplimiento de la prestación que a éste corresponde. Así entendido, la compañía responderá por propia culpa y no en virtud de culpa del auxiliar porque es la compañía, en su condición de deudora, la que le ha puesto en la órbita de la relación obligatoria. La actuación del dependiente es por cuenta y riesgo del empresario.<sup>256</sup>

La teoría defiende que la actuación del tercero debe entenderse como riesgo vinculado a la esfera de organización y responsabilidad del deudor que responde por culpa “in

---

<sup>255</sup> En el BGB alemán, en su artículo 278 el deudor responde con el mismo alcance de la culpa propia de la del representante legal y de las personas de las que se sirve para el cumplimiento de la obligación. Por su parte el Código civil italiano en su artículo 1228 dispone que el deudor que en el cumplimiento se sirve de terceros responde también de la culpa y del dolo de aquellos. Al respecto, y en particular la doctrina italiana, ha sustentado la responsabilidad del empresario por la actuación de sus auxiliares con base en distintos criterios. Citamos a modo ilustrativo: 1.- La teoría de la actuación a riesgo propio, sustentada en exigencias sociales y criterios de utilidad y de eficacia económica (“cui comoda eius incomoda”). Las críticas que recibe fundamentalmente esta posición argumentan que la fundamentación ha de ser jurídica y no económica. FERRARA, F. “Responsabilità contrattuale per fatto altrui Scritti giuridici” II Milán 1954 p 77. SSTS 21 de octubre de 2005 ( RJ 2005, 8547) y 5 de enero de 2006 (RJ 2006, 131). 2.- La teoría de la representación, que acude a la ficción de concebir al auxiliar como representante del deudor u órgano del deudor “longa manu”. NATOLI L: “Attuazione del rapporto obbligatorio”, t II Milán 1962, p 81 y ss. La representación implica sustitución por tercero en la realización de un acto jurídico, por tanto se refiere a la vinculación del acto jurídico pero no a la responsabilidad por daños. 3.- La teoría de la garantía contractual. La garantía implica responsabilidad sin culpa. GROSS: “La notion d’obligation de garantie dans le droit des contrats” Paris 1964, p 87 y ss. Al respecto la doctrina señala que se trataría de una garantía impuesta y no fruto de la autonomía de la voluntad. Sería la contrapartida a la posibilidad del deudor de servirse de auxiliares. FERRARA, F. “Responsabilità contrattuale ...” op cit pp 70 y 71. La crítica fundamental que se realiza a dicha teoría es que la respuesta hay que buscarla en el sistema contractual y no fuera de él. JIMENEZ HORWIRTZ, M: “La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares”. Mc GRAW HILL/Interamericana de España. 1996, p.109. 4.- Finalmente nos referiremos a la teoría de la causa mediata. Existe nexo causal mediato entre la iniciativa del deudor al hacer intervenir al auxiliar y la ejecución de la obligación por éste y el daño. FERRARA, F. “Responsabilità contrattuale ...” op cit p 80. El Artículo 1735 del Código civil francés contempla que el arrendatario es responsable de deterioros o de la pérdida de la cosa arrendada ocasionados por las personas de su casa o por el subarrendatario, el 1994 hace responsable al mandatario por las personas que le sustituyen en la gestión y el 1831-1 señala que el promotor es garante en la ejecución de la obligación que confía a terceros. BAUMET, G: “Responsabilité contractuelle du fait d’artrui” Niza 1977, pp 202 y ss “Es cierto que el texto galo no tiene norma expresa que determine la responsabilidad objetiva del deudor por el auxiliar, pero no es menos cierto que la jurisprudencia del país, huérfana de artículo en el ámbito contractual, aplica el artículo 1384 relativo a la responsabilidad del principal por hechos de sus dependientes indistintamente en materia contractual o extracontractual.”

<sup>256</sup> CAVANILLAS MUGICA, S: “La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia”, Pamplona 1987 pp 93 y ss.

eligiendo”,<sup>257</sup> de esta forma, el deudor no puede eludir su responsabilidad con la prueba de ausencia de culpa, sino que sólo puede exonerarse en caso de concurrencia en la acción u omisión lesiva del auxiliar, de aspectos ajenos y externos a la esfera de organización del deudor (la compañía).<sup>258</sup> Por lo tanto, cuando hablamos de causas exoneración, no hablamos de ausencia de culpa sino de causa extraña o ajenidad del hecho impeditivo,<sup>259</sup> que abarcaría todos los supuestos de inimputabilidad. Se reconoce la existencia de un principio general y autónomo de responsabilidad objetiva por hecho ajeno en el ámbito contractual.<sup>260</sup>

Consideramos que la teoría confunde lo que es la esfera de organización y suministro del servicio con el acto médico en sentido estricto, y que no cabe la equiparación de la labor del médico con la actividad de la compañía. Ya hemos analizado que el TRLCU en su artículo 148, ya recoge esa esfera de responsabilidad objetiva de las compañías sanitarias y en ningún caso supone una identificación del profesional con la aseguradora.

Hay autores que en defensa de la teoría de la responsabilidad contractual de la compañía sanitaria arguyen, que su fundamento residiría en el concepto objetivo de caso fortuito.<sup>261</sup> Es una teoría muy forzada que pasa por identificar a la compañía con el facultativo, y por tanto como hecho propio el acto médico en tanto el sanitario se mantenga dentro de la esfera de organización del deudor (la compañía). En caso

---

<sup>257</sup> FERRARA, F. “Responsabilità contrattuale per fatto altrui Scritti giuridici” Il Milán 1954 p 120.

<sup>258</sup> DIEZ-PICAZO L: “Fundamentos ..II” op cit pp 593 y ss. Concepto objetivo del caso fortuito.

<sup>259</sup> JORDANO FRAGA: “La responsabilidad del deudor por los auxiliares....” op cit p. 495. PATIÑO, H: “Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración”. Revista de Derecho privado nº 14. 2008 p 197. Se señala que dentro de un régimen subjetivo de responsabilidad, el demandado tiene la posibilidad de escoger entre varias alternativas para exonerarse, así puede probar la ausencia de culpa, la inexistencia del nexo causal o la existencia de una causa extraña, pero en un régimen de responsabilidad objetiva el demandado sólo podrá exonerarse probando ausencia de nexo causal o la existencia de una causa extraña, es decir: fuerza mayor, caso fortuito, hecho de tercero y hecho de la víctima.

<sup>260</sup> ESPAGNON, M: “La regle du non-cumul des responsabilites delictuelle et contractuelle en droit civil francais”, Universidad de París 1980.

<sup>261</sup> PATIÑO, H: “Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración”. Revista de Derecho privado nº 14. 2008 p 197.

contrario estaríamos ante hecho ajeno y por tanto habría ruptura de la relación de causalidad.

El caso fortuito o riesgo contractual<sup>262</sup> bajo la letra del artículo 1105 CC hace mención a todos aquellos supuestos que siendo previsibles en el momento de contratar, resultan inevitables.

Si identificamos la labor del facultativo con la de la compañía, la aplicabilidad del caso fortuito resulta cuanto menos cuestionable, ya que en la gran mayoría de los supuestos cubiertos por las pólizas de salud, la obligación del facultativo es una obligación de medios, y en estas no le es exigible al deudor ningún otro comportamiento.<sup>263</sup> El concepto de cumplimiento excluye la operatividad del caso fortuito. Si se pusieron los medios, hubo cumplimiento, la imputación de responsabilidad se sustenta por completo en el criterio de la culpa rechazando que exista una esfera de riesgos o eventos previsibles en el momento de contratar asumidos por el deudor al contratar.<sup>264</sup> Que no se puedan prever no significa que no se puedan adoptar todas las medidas exigibles ex 1104 CC para preservar el cumplimiento contractual.<sup>265</sup>

En las obligaciones de medios o hay incumplimiento imputable o hay cumplimiento. La compañía en cambio, no responde del acto médico, responde de un resultado lesivo donde el deudor desde un punto de vista subjetivo, sí habría de demostrar la ausencia de culpa en la previsión o evitación del daño. Responde en la medida en que haya dejado de observar la diligencia exigible en la previsión o evitación del evento impositivo de cumplir.

---

262 DIEZ-PICAZO, L: "Fundamentos ..II" op cit pp 588 y ss

263 SSTS de 20 de noviembre de 2009 (2010/138) y 30 de junio 2009 ( RJ 2009, 4323).

264 DIEZ-PICAZO L: "Sistema de Derecho ..." op cit p 217. DELGADO ECHEVARRIA: " Elementos de Derecho Civil II" Barcelona 1985. p 241.

265 CARRASCO PERERA: "Comentarios al Código Civil y compilaciones forales" Dirigido por D. Manuel Albadalejo, t XV vol 1 Madrid 1989 p. 660

En razón de la actividad de aseguramiento, la compañía, es el que está en mejor posición para prever y evitar el incumplimiento, sólo exonerándose con la prueba de que éste es imputable a un evento sustraído a su esfera de influencia.<sup>266</sup>

Los defensores de la teoría expuesta defienden que la actuación del auxiliar en el desempeño de su cometido no es un hecho ajeno al ámbito de actividad típica, pero para que sea equiparable al deudor es necesario que el auxiliar haya incurrido en culpa,<sup>267</sup> que se traslada al deudor que procedió a su designación (“id quod interest”).<sup>268</sup> Por el contrario, el hecho externo,<sup>269</sup> puede liberar al demandado totalmente de responsabilidad, cuando son consideradas como causa única exclusiva y determinante del daño.

Entendemos que se mezclan conceptos. No se puede predicar la responsabilidad objetiva de la compañía para luego hablar de culpa y de falta de previsibilidad del resultado lesivo, o de esto último y de la obligación de medios del auxiliar, o de responsabilidad objetiva y de obligación de medios como conceptos equiparables.

El nexo de causalidad, no admite por norma general ningún tipo de presunción,<sup>270</sup> aunque es innegable el hecho de que nuestra jurisprudencia ha aceptado aligerar, a favor del accionante, su obligación de probarla habida cuenta del alto contenido técnico y científico que la prestación sanitaria comporta, lo que dificulta seriamente la prueba de que determinado resultado lesivo sea consecuencia del ejercicio de la actividad médica.<sup>271</sup> No tanto interesa destacar lo que hubiera debido

---

266 TRIMARCHI, “Rischio e responsabilità oggettiva” Milan 1961 p 199. DIEZ-PICAZO L: “Fundamentos ..II” 2ª ed. Madrid 1986. op cit pp 715 y 716

267 BADOSA COLL: “La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil” Bolonia 1987, pp 769 y ss.

268 JORDANO FRAGA: “La responsabilidad del deudor por los auxiliares....” op cit pp. 226 y ss.

<sup>269</sup> Considerando por tales la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de tercero o el hecho de la víctima.

270 PATIÑO, H: “Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración”. Revista de Derecho privado nº 14. 2008 p 196. “Aún en los casos de presunción de culpa, se exige prueba del elemento objetivo de la responsabilidad denominado nexo causal que es totalmente autónomo de la culpa y no resiste presunción alguna.”

271 TAMAYO JARAMILLO, J: “De la responsabilidad civil” T. I. ed Temis, 1999 pp. 242 y ss. Se llega a afirmar, a nuestro juicio de forma equivocada, que cuando en el campo de la responsabilidad médica se utiliza el régimen de presunción de culpa, la aplicación de ese régimen lleva a la verdadera presunción de causalidad. En este sentido creemos que no es cierto que la presunción de culpa conduzca necesariamente a la presunción de nexo causal en la medida en que son dos elementos autónomos de

hacer el centro médico o el profesional sanitario, sino lo que no debían haber hecho, que es la cuestión jurídica determinante de responsabilidad.<sup>272</sup> Además, la Ley presume en este tipo de servicios, determinados niveles de pureza, eficacia o seguridad que suponen, posibilidades de controles técnicos de calidad que impiden la consideración de antijuridicidad de la actuación del centro médico, y excluyen del marco la fuerza mayor o el caso fortuito.

Es incuestionable, la tendencia actual a objetivar la responsabilidad y a hacer responsable al deudor de aquellos eventos impeditivos del cumplimiento que se presentan como riesgos característicos de su esfera de organización o control.<sup>273</sup> Este es el sentido del artículo 148 TRLCU que predica un modelo de responsabilidad contractual y objetivo pero que dista de equiparar el rol del facultativo con el de la compañía.

Quienes abonan la teoría de la responsabilidad contractual de las compañías sanitarias por la actuación de los auxiliares, señalan que mientras corresponde al actor la prueba de todos los elementos de la responsabilidad (incluida por supuesto la relación causal)<sup>274</sup>, al demandado (la compañía) le compete acreditar la existencia de una causa

---

la responsabilidad. Lo que ha permitido la jurisprudencia es que en algunos casos el demandante sea relevado de la prueba del comportamiento culposo, imprudente y negligente del demandado quien, si quiere exonerarse de responsabilidad debe probar ausencia de culpa.

272 Nuestra jurisprudencia ha mantenido por ejemplo en el caso de infecciones hospitalarias, la responsabilidad del centro médico que no ha adoptado las precauciones debidas, es decir, la diligencia precisa para evitarlas. Podemos citar SSTs de 16 de abril de 2010 (RJ 2010,473), que determinó la responsabilidad del centro hospitalario donde fue ingresado el actor que perdió la extremidad inferior afectada a causa de un «trastorno circulatorio», debido a la demora en el desbridamiento inicial de la herida, al persistente descontrol de su vascularización y a la insuficiente cobertura antibiótica, la de 19 de junio de 2008 (RJ 2008, 4257), que también atribuye responsabilidad al centro a las resultas de una infección que sufre el paciente en el post operatorio debido a la ausencia de condiciones de esterilización en el quirófano, o la de 19 de octubre de 2007 (2007, 7309) que atribuye asimismo responsabilidad al centro hospitalario por infección contraída durante la intervención quirúrgica por error y tardanza en el diagnóstico y tratamiento de una fractura.

273 JIMENEZ HORWITZ, M: "La imputación al deudor del incumplimiento ....", op cit p.233. STS de 10 de junio de 2004 (RJ 2004 3605).

274 GARCÍA DE ENTERRIA, E: Curso de derecho Administrativo. Vol II, Civitas. Madrid. 2003 p 386.

extraña en el iter causal, para exonerarse de responsabilidad, pues demostrar diligencia y cuidado no le será suficiente para liberarse.<sup>275</sup>

Los límites objetivos de la responsabilidad del deudor por actos realizados por su auxiliar vienen modulados por el carácter doloso o culposo de su actuación. La buena fe limita el quantum indemnizatorio al riesgo previsible en el cumplimiento de la obligación. En el caso de dolo la indemnización se extiende al daño imprevisible.<sup>276</sup>

Parece fuera de toda duda el hecho de que el comportamiento doloso del auxiliar constituye un riesgo imputable al deudor. La responsabilidad por dolo es exigible en todo tipo de obligaciones. Se responde de la actuación del auxiliar doloso pero con limitación del quantum indemnizatorio hasta el límite del daño previsible.<sup>277</sup>

Es el deudor el que coloca al auxiliar dentro de la órbita contractual por cuanto se sirve del mismo para el cumplimiento de la obligación. La responsabilidad por hecho ajeno es responsabilidad contractual por hechos típicos y por tanto el dolo del auxiliar es riesgo imputable al deudor.<sup>278</sup>

No obstante lo expuesto, cabe la posibilidad de que las partes, en particular las entidades aseguradoras en la redacción del condicionado de sus pólizas, introduzcan límites convencionales o cláusulas exonerativas o limitativas de responsabilidad, excluyendo la responsabilidad de la compañía en caso de dolo del auxiliar.

---

275 PATIÑO, H: "Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración". Revista de Derecho privado nº 14. 2008 p 194. Constatada la relación causal, procede la imputación como atribución jurídica de un hecho a una o varias personas que en principio tienen la obligación de responder, porque no siempre quién causa el daño ha de asumir las consecuencias reparatorias (responsabilidad por hecho ajeno).

<sup>276</sup>YZQUIERDO TOLSADA, M. "Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual" op. cit .pp 271 y ss. JIMENEZ HORWIRTZ , M: "La imputación al deudor del incumplimiento ....", op cit p.237. BADOSA COLL: "La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil" Bolonia 1987, p 714. DIEZ-PICAZO L: "Fundamentos ..II" op cit p 587.

<sup>277</sup> MORALES MORENO. "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa" ADC 1982 p 599. DIEZ-PICAZO L: "Fundamentos ..II" op cit p 614.

278 JORDANO FRAGA: "La responsabilidad del deudor por los auxiliares...." op cit p. 595. GARCÍA AMIGO "Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual" 1965 p 156.

Al respecto nuestra doctrina entiende que este tipo de cláusulas son perfectamente válidas, y no son contrarias ni a ley ni a moral ni a orden público.<sup>279</sup> El contrato contempla la actuación de auxiliares en el cumplimiento de la obligación, prevé riesgo de que incumplan dolosamente y asimismo prevé distribución de la carga contractual de dicha responsabilidad.<sup>280</sup> Ese acuerdo no exonera de responsabilidad al auxiliar.

El principal escollo que no salva la teoría del auxiliar, es que no subsana la dualidad de sistemas de responsabilidad aplicables al caso, por más que se quiera identificar la actividad del médico y la compañía, o se esfuerce en encuadrar al facultativo en la órbita del contrato. No aporta nada, porque fuerza una interpretación de las cosas que carece de regulación que la sostenga.

Si queremos accionar contra la compañía, su responsabilidad seguirá siendo extracontractual por el acto o la omisión del auxiliar, el cauce seguirá siendo la acción de responsabilidad por hecho ajeno con base en el artículo 1903.4 CC y si pretendemos una acción de responsabilidad contractual, el único camino será el que nos ofrece el artículo 148 TRLCU, que se limita como ya hemos analizado a una responsabilidad objetiva de la compañía por aspectos de organización o suministro de servicio, artículo que por sí sólo no sustenta un fallo condenatorio, por cuanto precisa de la culpa del auxiliar y de su encuadramiento en la órbita de la póliza. Posicionamiento que mientras no se nos brinde otro argumento, seguirá siendo extracontractual porque paciente y facultativo no firman contrato alguno.

La teoría pretende asumir que la actividad de la compañía es sanitaria, cuando no es así. La compañía sanitaria no realiza una actividad distinta de la asegurativa y de provisión, suministro y financiación de servicios sanitarios que son dispensados por los profesionales de sus cuadros médicos.

Además desde un punto de vista de técnica procesal, la dualidad de sistemas en liza supone que el deudor no puede oponer al acreedor las excepciones oponibles por el auxiliar, excepciones de naturaleza extracontractual, ni el auxiliar oponer las que

---

279 JORDANO FRAGA: "La responsabilidad del deudor por los auxiliares...." op cit p. 597.

280 VISINTINI G. "La responsabilidad contractual por hecho de auxiliar" Padova 1965. pp 22 y ss.

corresponden al deudor excepciones de naturaleza contractual. La interrupción de la prescripción frente a uno de los sujetos obligados no tiene efectos respecto del otro, ni tampoco la sentencia que se obtenga frente a uno de ellos será oponible frente al otro, y desde luego la sentencia de condena obtenida frente a uno de ellos no será ejecutable en el patrimonio del otro obligado. Además la apelación interpuesta por uno de ellos contra una sentencia común no aprovechará al otro. Y todo ello, porque las obligaciones respectivas del deudor y del auxiliar son obligaciones autónomas e independientes, con una naturaleza distinta, que simplemente coinciden por el resarcimiento del mismo daño.<sup>281</sup>

### **3.- La problemática de la determinación de la naturaleza jurídica de la acción en las demandas por daño médico en los seguros asistenciales.**

El esquema jurídico de responsabilidad que deriva del proceso de provisión y prestación de asistencia sanitaria al asegurado en el marco de los contratos de seguro privados de asistencia sanitaria, implica presencia de sistemas jurídicos de responsabilidad, (contractual y extracontractual), a priori incompatibles, con acciones diversas, con plazos distintos y un elemento común, el daño. El asegurado perjudicado se encuentra con que la compañía es responsable contractual a las resultas de la póliza suscrita y es responsable extracontractual por hecho ajeno con base en el art. 1903.4 CC, en relación con la acción u omisión realizada por el facultativo de sus cuadros médicos. Al mismo tiempo, tiene acción contra el profesional de índole extracontractual por cuanto, en principio, parece no existir hilazón contractual entre ambos.

Antes de avanzar en la búsqueda de soluciones que den certidumbre al demandante accionante en estos procesos, consideramos necesario describir la situación existente en la actualidad y cómo desde la doctrina y la jurisprudencia se trata de salvar este caos sustantivo y procesal.

La dificultad que entraña la articulación de la demanda es salvada por nuestra doctrina jurisprudencial de diversas formas. Ya hemos apuntado que constituye presupuesto

---

<sup>281</sup> JIMENEZ HORWIRTZ, M: "La imputación al deudor del incumplimiento ....", op cit p.270.



general de todos estos casos la protección a toda costa del interés del paciente perjudicado, más allá de la naturaleza jurídica de la relación que vincula a los distintos actores del proceso asistencial y en su consecuencia, con independencia de la calificación jurídica de la acción que va a servir como instrumento para actuar la pretensión indemnizatoria del demandante lesionado.<sup>282</sup>

Doctrinalmente se han articulado diversas teorías, que utiliza nuestro Tribunal Supremo en sus fallos de forma conjunta o complementaria, que tratan de facilitar el resultado indemnizatorio, en el espíritu de salvar los posibles defectos que pudiera cometer el accionante en la articulación de sus pretensiones en juicio.

Tal es el caso de las teorías de la unidad de culpa civil, que habla de la existencia de una única acción con concurso de normas en liza o la de yuxtaposición de responsabilidades, en virtud de la cual, puede el actor ejercitar acumuladamente ambas acciones concurrentes en acumulación eventual o alternativa pero nunca en acumulación simple, (es decir no se pueden sumar las acciones), porque son incompatibles, debiendo quedar a salvo, en una y otra, el carácter único de la indemnización. Estas teorías como analizaremos más en profundidad a continuación, no tienen el mismo sustento técnico aunque sí tengan un fin común, el indemnizatorio.

Ante supuestos dudosos,<sup>283</sup> en los que se plantea como objeto fundamental de la controversia, el ejercicio de acciones personales de resarcimiento de daños y perjuicios sufridos, nuestros tribunales, buscan una solución flexible, de contenido esencialmente indemnizatorio y no reparan en la fundamentación de la pretensión, siendo suficiente con sustentar la acción en el articulado que exista en el Código Civil,

---

<sup>282</sup> DIAZ REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, Calixto, "Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario" E. Comares. Granada. 2006, pp.119 a 160.

<sup>283</sup> Sirva como ejemplo el supuesto planteado al inicio de este trabajo, en el que son responsables el médico por un error de diagnóstico (responsabilidad extracontractual por hecho ajeno) y la compañía a las resultas de la falta de implementación del servicio o el mal estado de funcionamiento de los equipos de reconocimiento del paciente (responsabilidad contractual por hecho propio). El supuesto supone el incumplimiento de una norma contractual y al mismo tiempo del deber jurídico de no causar daño a nadie. En cuanto a la articulación de la demanda supone la concurrencia de dos pretensiones indemnizatorias. Una contractual y otra extracontractual, con plazos distintos de prescripción, una objetiva y otra subjetiva.

todo el articulado, que habilite para pedir resarcimiento por daños, sean reguladores de la responsabilidad contractual o extracontractual.

El fin común descrito justifica por tanto una relativización jurídica que entendemos no es buena, ni presta el servicio que se supone ha de prestar toda construcción doctrinal, en la interpretación e integración del sistema como un todo coherente, al contrario, entendemos viene a suministrar más un escenario de incertidumbre e inseguridad jurídica.

Lo que todavía no se obvia, y todo se andará, es la necesidad de apreciar en el supuesto enjuiciado la concurrencia de culpa o negligencia en los demandados, siquiera lo sea con las matizaciones y restricciones derivadas de la conocida doctrina jurisprudencial tendente a objetivar la responsabilidad, pues el principio general de responsabilidad por culpa es criterio general en nuestro ordenamiento y la responsabilidad médico sanitaria no es excepción.

Las teorías que doctrina y jurisprudencia manejan, en el análisis y solución de los llamados “supuestos fronterizos” son:<sup>284</sup>

#### 1.- La Teoría del concurso de pretensiones, de la opción o de yuxtaposición de responsabilidades

Frente a supuestos oscuros o en principio no fácilmente encuadrables en términos de responsabilidad contractual o aquiliana, nuestra doctrina entiende que existe concurrencia o yuxtaposición de responsabilidades, “cuando en el hecho causante del daño, concurren al mismo tiempo, los caracteres de una infracción contractual, y de una violación del deber de no causar daño a otro”<sup>285</sup>, es decir, “que un hecho pueda incluirse indistintamente en el supuesto de hecho de la responsabilidad contractual y

---

284 ORTI VALLEJO, A. “La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios”, en ORTI VALLEJO, A. (dir.), La responsabilidad por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas. Thomson Aranzadi. Cizur Menor, 2006, pp 36 y ss.

285 GARCÍA VALDECASAS, G., “El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho Español”, 1962, p. 833.

en el supuesto de hecho de la responsabilidad extracontractual”.<sup>286</sup> Obviándose el hecho, como ya hemos dicho, de que la responsabilidad contractual y su normativa, es regulación especial frente a la extracontractual.

Para un mismo hecho, la ley establece un mismo efecto o resultado que se puede o pueden obtener con el ejercicio de dos acciones distintas (una de naturaleza contractual y otra de naturaleza extracontractual),<sup>287</sup> Las acciones se presentan como diferentes y autónomas,<sup>288</sup> pero no incompatibles, por lo que pueden aplicarse ambas a unos mismos hechos, según presenten ventajas o inconvenientes.<sup>289</sup> Por ello el demandante deberá optar, en el momento de plantear su demanda por una u otra vía (contractual o aquiliana), pudiendo ser dicha opción bien pura (esto es, optar por una u otra vía) o bien tener carácter subsidiario o eventual (plantear el petitum de la demanda en forma subsidiaria: la contractual y, en su defecto, la aquiliana), o incluso

---

286CAVANILLAS MUGICA – TAPIA FERNÁNDEZ, “La concurrencia de la responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal”. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1992, p. 6.

<sup>287</sup> La SSTS de 10 de junio de 2.004 (RJ 2004/3505), argumenta “... en lo que concierne, a los temas de culpa, cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, y optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquellos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible.

<sup>288</sup> CAVANILLAS MUGICA – TAPIA FERNÁNDEZ, “La concurrencia...”, ob cit, p. 6.

<sup>289</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M. “Sistema de Responsabilidad contractual y extracontractual” Dykinson. 2001, pp. 100 y 101. SSTS, entre otras, de 7 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7314): “La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual es relativizada en aplicación del principio “pro actione” por la jurisprudencia, pero esto no significa que pueda prescindirse de manera absoluta de la calificación procedente. en el caso de que se produzcan efectos por aplicación de uno u otro régimen jurídico cuya diferencia sea relevante y los elementos de la pretensión permitan determinar la naturaleza de la acción con carácter indiscutible, es admisible calibrarla con exactitud, diferenciadamente y con efectos excluyentes, con el fin de aplicar la disposición pertinente”. En el mismo sentido SSTS de 13 de marzo de 2008 ( RJ 2008, 4349), 22 de octubre de 2007 ( RJ 2007, 8633), 12 de junio de 2.007 ( RJ 2007, 3717) o 29 de noviembre de 2005 ( RJ 2006, 36) que admiten que la acción por responsabilidad contractual y la acción extracontractual frente a quien causa un daño antijurídico tienen carácter compatible, de tal suerte que el perjudicado puede alternativamente optar por una o por otra, con el efecto de que, en virtud del principio iura novit curia no cabe desestimar una pretensión de resarcimiento por culpa civil fundándose en que el fundamento jurídico aplicable a los hechos es la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual, o viceversa.

nuestra jurisprudencia admite que alternativo, aunque a un sector de la doctrina le genera serias dudas.<sup>290</sup>

El hecho de que la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual se relativice en aplicación del principio “pro actione” por la jurisprudencia, ello no implica que pueda prescindirse de manera absoluta de la calificación de la acción. Una vez efectuada la opción, ya no hay yuxtaposición alguna<sup>291</sup> y el actor no podrá posteriormente ampararse en la posibilidad excluida, por cuanto ello supondría ir contra sus propios actos y una modificación de la causa petendi que en caso de prosperar, viciaría de incongruencia la sentencia.<sup>292</sup>

La posibilidad que tienen las partes de realizar en el transcurso del proceso alegaciones complementarias no faculta a las partes para cambiar la acción ejercitada.

## 2.- Teoría de la unidad de la culpa civil o del concurso de normas

En esta teoría se toma como punto de partida la insatisfacción que genera la distinción entre los dos tipos de responsabilidad. Las normas de ambos regímenes son normas en concurso, sobre la base de una única acción, que tiene por objeto, la reparación del daño. Por ello, la distinción entre ambos regímenes no está justificada. Se ha de reparar el daño con independencia de que este se haya producido en el marco de una relación contractual o extracontractual.<sup>293</sup>

Entenderemos que existe una única acción, precisamente porque la causa petendi está integrada exclusivamente por los hechos aportados al proceso. La responsabilidad

---

<sup>290</sup> BLANCO GÓMEZ, J.J., “La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso”. Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro. Marzo 2004, p.p. 95 a 126.

<sup>291</sup> SAP de Valladolid de 13 abril de 2012 (AC 2012,937). En este caso, el recurrente sólo interpone acción contra el médico y las aseguradoras de su responsabilidad civil profesional dejando fuera a la entidad privada con la que contrató. La sentencia concluye que “.. por tanto no nos encontramos con una yuxtaposición de la culpa extracontractual y contractual, sino en el ámbito propio de la responsabilidad extracontractual en el que la parte demandante opta por la acción directa referida al facultativo, y a sus compañías de seguros, y no única o acumuladamente a la entidad con la que tenía contratada la asistencia sanitaria, lo que descarta la existencia de la pretendida responsabilidad contractual.” En sentido similar se pronuncia la sentencia de la STS de 26 de marzo de 2009 (RJ 2009, 2803).

<sup>292</sup> El artículo 412 LEC recoge la prohibición de “mutatio libelli”

<sup>293</sup> BLANCO GÓMEZ, J.J. “La concurrencia ..” ob cit., pp. 143 a 153.

civil, aparece por tanto como unitaria, sólo existen normas en concurso que el Tribunal aplicará a su elección, sin estar vinculado a la calificación realizada por las partes, porque el principio “iura novit curia”, le faculta para ello. Por tanto no habría incongruencia si se aplican fundamentos normativos distintos de los alegados, por cuanto no cambia la acción, simplemente, el Tribunal se desenvuelve normativamente dentro de ella. La acción es única.<sup>294</sup>

De facto, la teoría de la unidad de culpa civil se ha convertido en el instrumento que utilizan nuestros tribunales para, bajo el pretexto de estar en supuestos pretendidamente concurrentes u oscuros, subsanar el error que ha cometido el demandante al calificar la acción que ejercita,<sup>295</sup> error en la calificación de la acción, que condiciona “per se” el éxito de la pretensión, ya que puede estar la acción de responsabilidad extracontractual prescrita y la contractual no.

Dos son las cuestiones por tanto que demandan una reflexión. Por un lado, el tratamiento jurídico que ha de darse a ese error y en segundo lugar, si la subsanación por parte del tribunal del error cometido, vicia de incongruencia la sentencia. La mayor parte de las veces, el problema de fondo es, como hemos dicho, los plazos de prescripción.

La causa del error del actor, al calificar la acción que entabla, radica en la ignorancia o el falso conocimiento de la norma jurídica en cuanto a su contenido, existencia, interpretación o aplicación al caso concreto y esa causa lo convierte en error de derecho.<sup>296</sup> Se comete error de derecho por tanto, cuando se califica jurídicamente una relación jurídica como extracontractual, cuando de los hechos relevantes consignados en la demanda resulta, que la relación es contractual y viceversa.

---

<sup>294</sup> DOMINGUEZ LUELMO, A. “Derecho sanitario y responsabilidad médica”. Lex Nova. 2007., p 82.

<sup>295</sup> STS de 9 de junio de 1998 (RJ1998, 3717): “No puede absolverse de la demanda con fundamento en la equivocada o errónea elección de la norma de aplicación aducida sobre la culpa, pues se entiende que tal materia jurídica pertenece al campo del iura novit curia, y no cabe eludir por razón de la errónea o incompleta elección de la norma, el conocimiento del fondo, de manera que el cambio del punto de vista jurídico en cuestiones de ésta naturaleza no supone una mutación del objeto litigioso.”

<sup>296</sup> DIEZ PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. “Sistema de Derecho Civil” Vol. I, Duodécima ed. Tecnos. 2012., p. 183.

A la regla general de inexcusabilidad del error de derecho,<sup>297</sup> algunos autores contraponen la existencia de algunos supuestos en los que podría admitirse su alegación ante los tribunales, citando entre otros ejemplos, el pago de lo indebido o el matrimonio putativo.<sup>298</sup>

Frente a esta posición se argumenta que los ejemplos que se mencionan, no constituyen verdaderas excepciones al principio de inexcusabilidad del error de derecho, ya que en éstos casos concurren otros principios o categorías jurídicas que pueden justificar estas posiciones particulares, así por ejemplo en el pago de lo indebido, la falta de causa, y en el caso del matrimonio putativo, la buena fe.<sup>299</sup>

El error de derecho, tendrá en nuestro ordenamiento el alcance que la norma jurídica permita, alcance que siempre será excepcional y retringido.<sup>300</sup> De ahí que debemos desechar que la defectuosa calificación jurídica de la acción, (el error por el demandante en la aplicación de la norma al supuesto concreto, siempre y cuando la relación jurídica de la que deriva el daño esté perfectamente determinada en la demanda), deba tener repercusión alguna en el curso del proceso porque no hay previsión legal al respecto.<sup>301</sup> Pero eso es una cosa, y otra bien distinta es que planteada la demanda, pueda el juzgado o tribunal variar la calificación jurídica de la acción entablada a conveniencia.<sup>302</sup>

---

<sup>297</sup> Solo producirá los efectos que las leyes determinen.

<sup>298</sup> PUIG PEÑA, F. "Tratado de Derecho civil español". Parte general. Tomo I, vol I, Revista de Derecho privado. Madrid. 1957., p. 413.

<sup>299</sup> MOISSET DE ESPANÉS, L. "El error de derecho". Revista de Derecho español y americano. Año VII, Nº 20. 1962., p. 62.

<sup>300</sup> DIEZ PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. "Sistema de Derecho Civil" Vol. I, Duodécima ed. Tecnos. 2012., p. 184, citando a MORALES MORENO "La incidencia del error de derecho en el contrato", en el libro "Centenario del Código Civil", vol II, Madrid, 1990, p. 1445. "Será el resultado de interpretación efectuada con arreglo a los cánones de la hermenéutica la que aclarará que la norma, pese a su silencio, incluye o no en su supuesto de hecho el error de Derecho. Si menciona exclusivamente al error de hecho, ello es índice de que excluye el de Derecho (cfr. Arts. 1234 y 1817.2 CC).

<sup>301</sup> STS 13 de marzo de 2008 ( RJ 2008, 4349), "En el caso de que se produzcan efectos por aplicación de uno u otro régimen jurídico cuya diferencia sea relevante y los elementos de la pretensión permitan determinar la naturaleza de la acción con carácter indiscutible, es admisible calibrarla con exactitud, diferenciadamente y con efectos excluyentes, con el fin de aplicar la disposición pertinente."

<sup>302</sup> Sentencia de Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Cáceres de 19 diciembre de 2013, (JUR 2014,85483), señala que "... el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la

La teoría de la unidad de culpa civil, implica que el demandante no ha de calificar la acción, sino limitarse a exponer los hechos en que basa la pretensión resarcitoria. Él no es quien ha de calificar los hechos, y aunque lo haga, su elección no vincula al juez, que puede actuar con absoluta libertad en virtud del principio "*iura novit curia*", de modo que si la reclamación no encaja en el campo pretendido por el actor, podrá intercambiar los argumentos y darle acomodo en la otra esfera, sin que ello suponga vicio de incongruencia.<sup>303</sup>

Nuestra jurisprudencia en el desarrollo de esta teoría considera en abstracto, que en la mayoría de los casos coincidirán las dos culpas (contractual y extracontractual), pues el médico negligente o incumple o cumple mal la obligación contractual, al tiempo que viene a infringir el principio incardinado en el art. 1902 del Código Civil, de *alterum non laedere*, siendo en la actualidad comúnmente admitido por la jurisprudencia que pueden acumularse y compatibilizarse ambas acciones en la exigencia de responsabilidad médica.<sup>304</sup> El demandante se limitará a proporcionar hechos al órgano

---

necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, se cumple cuando la relación entre el fallo y las pretensiones procesales no está sustancialmente alterada en su configuración lógico-jurídica."

<sup>303</sup> STS de 15 de febrero de 1993 (RJ 1993, 771) : "... amparada una determinada pretensión procesal en unos hechos constitutivos de la "causa petendi" en términos tales que admitan, sea por concurso ideal de normas, sea por concurso real, la calificación jurídica por culpa, bien contractual, bien extracontractual o ambas conjuntamente, salvo –por iguales hechos y sujetos concurrentes–, el carácter único de la indemnización, que no puede absolverse de la demanda con fundamento en la equivocada o errónea elección de la norma de aplicación aducida sobre la culpa, pues se entiende que tal materia jurídica pertenece al campo del "iura novit curia" y no cabe eludir por razón de la errónea o incompleta elección de la norma el conocimiento del fondo, de manera que el cambio del punto de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza no supone una mutación del objeto litigioso. O dicho con otras palabras, no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual o viceversa". YZQUIERDO TOLSADA, M., se muestra enormemente crítico con esta tesis. Afirma "no es viable en los ordenamientos que, como el nuestro, parten del presupuesto de que ambas formas de reclamación constituyen pretensiones jurídicas independientes." En "Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual." Op. Cit. Pág. 103.

<sup>304</sup> SAP de Valencia de de 18 junio de 2004 (AC 2004,234), en relación con SSTs 30 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9752), 15-2-93 (RJ 1993, 771), 6 de mayo de 1998 (RJ 1998, 2934) o 31 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9493), entre otras.

juzgador, para que este aplique las normas en concurso de ambas, que más se acomoden a aquéllos, todo a favor de la víctima.<sup>305</sup>

Desde un punto de vista procesal, hemos de precisar en relación a éste planteamiento, que la individualización de la acción es responsabilidad del actor en su escrito de demanda, bajo sanción de preclusión.<sup>306</sup> Y esta individualización viene dada por la

---

<sup>305</sup> En igual sentido la STS de 6 de mayo de 1998 ( RJ 1998, 2934) : “ha de tenerse en cuenta que la moderna jurisprudencia ha acuñado la doctrina de la unidad de la culpa civil, que permite, sin que ello suponga incongruencia de la resolución ni indefensión en los demandados, en determinadas ocasiones, y siempre que, como sucede en el presente caso, los hechos sirvan de fundamento para cualquiera de ambas acciones, la de responsabilidad contractual y la extracontractual, admitir una u otra acción, siquiera, insistimos, no hubiera sido calificada acertadamente en la demanda, pues lo importante e inmutable son los hechos, en tanto que la cita legal es alterable por el principio contenido en el brocardo, *da mihi factum, dabo tibi ius*.” Cabe citar también la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997 ( RJ 1997, 1240) , según la cual conocidas son, las dificultades (reconocidas doctrinalmente) de la delimitación del campo propio de la responsabilidad civil por culpa extracontractual y culpa contractual, dificultades que, en muchas ocasiones, como ocurre en el presente caso, tienen por causa que el mismo hecho dañoso configura tanto un supuesto normativo como otro, lo que determina, en términos procesales, un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión, fijada en lo sustancial por la unidad de los acontecimientos históricos que justifican el “petitum” indemnizatorio. Con excepciones, la doctrina civilista actual sostiene que sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad extracontractual o sólo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia por cambio de la causa de pedir si funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas. La *causa petendi* que con el *petitum* configuran la pretensión procesal se define por el relato de hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico. “unidad conceptual” (STS de 20 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 9468) que admite concurrencia de culpas por los mismos hechos (STS de 11 de febrero de 1993 (RJ 1993, 1459) o “yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales que dan lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que este aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a ellos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible”

<sup>306</sup> La LEC, al regular en su artículo 399 los requisitos relativos a la forma de la demanda y su contenido, establece que: 1. El juicio principiará por demanda, en la que, consignados de conformidad con lo que se establece en el artículo 155 los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida.

2. Junto a la designación del actor se hará mención del nombre y apellidos del procurador y del abogado, cuando intervengan.

3. Los hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar. Con igual orden y claridad se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones y,



identificación de los sujetos, la concreta tutela que se solicita y la causa de pedir. Si las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual tienen estos tres elementos identificadores iguales, estamos ante una única acción con normas en concurso, pero si por el contrario, alguno de los tres elementos es distinto, las acciones serán diversas, aunque conexas.<sup>307</sup>

Ciertamente, en el procedimiento civil rige el principio de prohibición de cambios en la demanda, plasmada en los aforismos “*lite pendente nihil innovetur*” y “*non mutatio libelli*”, que se traduce en el obligado respeto del demandante a sus propios planteamientos sustanciales del escrito de demanda, a fin de evitar una indefensión al demandado, que sanciona el artículo 24.1 de la Constitución.<sup>308</sup>

---

finalmente, se formularán, valoraciones o razonamientos sobre éstos, si parecen convenientes para el derecho del litigante.

4. En los fundamentos de derecho, además de los que se refieran al asunto de fondo planteado, se incluirán, con la adecuada separación, las alegaciones que procedan sobre capacidad de las partes, representación de ellas o del procurador, jurisdicción, competencia y clase de juicio en que se deba sustanciar la demanda, así como sobre cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio y la procedencia de una sentencia sobre el fondo.

5. En la petición, cuando sean varios los pronunciamientos judiciales que se pretendan, se expresarán con la debida separación. Las peticiones formuladas subsidiariamente, para el caso de que las principales fuesen desestimadas, se harán constar por su orden y separadamente.

*Artículo 400 LEC:* Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos

1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.

<sup>307</sup> DOMINGUEZ LUELMO, A. “Derecho sanitario y responsabilidad médica”. Lex Nova. 2007., p. 78.

<sup>308</sup> STC 18 de octubre de 2004 (RTC 2004, 174). Respecto a la relevancia constitucional del vicio de incongruencia hay que señalar que se produce, por entrañar una alteración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha reiterado que para que la indefensión alcance relevancia constitucional es necesario que sea imputable y que tenga su origen en actos u omisiones de los órganos judiciales, esto es, que la indefensión sea causada por la actuación incorrecta del órgano jurisdiccional. Quedando excluida de la protección del artículo 24 CE . la

Puede admitirse que la pretensión procesal, conservando su existencia, experimente un cierto desarrollo durante el transcurso del proceso, producto de lo que metafóricamente se ha llamado biología de la pretensión procesal. Incluso, la posibilidad de tomar en consideración hechos posteriores a la presentación de la demanda sólo es posible cuando tienen un carácter complementario o interpretativo. A este requisito debe entenderse subordinada la aplicación del artículo 426.4 LEC pues prevalece la imposibilidad de alterar el objeto del proceso establecido en la demanda.<sup>309</sup>

La determinación en la demanda de los sujetos, la concreta tutela que se solicita y la causa de pedir, configuran la pretensión que se acciona ante los tribunales, sobre la que éstos van a fallar (congruencia), y una vez fijados los elementos en el proceso, la “mutatio libelli” está prohibida, lo que supone que las partes no disponen de prerrogativa alguna para modificar la acción entablada,<sup>310</sup> y menos aún el órgano

---

indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan.

<sup>309</sup> Sentencia de Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Cáceres de 19 diciembre de 2013, (JUR 2014,85483).

<sup>310</sup> Artículo 412 LEC. Bajo la rúbrica “Prohibición del cambio de demanda y modificaciones admisibles” señala: 1. Establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvención, las partes no podrán alterarlo posteriormente. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior ha de entenderse sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias, en los términos previstos en la presente Ley.”

La STC de 18 junio de 2012 (RJ 2012\6854), hace un tratamiento exhaustivo de la problemática poniendo en relación el propio artículo 412 LEC con otros de la Ley, así el artículo 426 LEC, en lo referente a las alegaciones complementarias y aclaratorias, que dispone en su apdo. 1 que “en la audiencia, los litigantes, sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstos expuestos en sus escritos, podrán efectuar alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario”; y en su apdo. 2, que “también podrán las partes aclarar las alegaciones que hubieren formulado y rectificar extremos secundarios de sus pretensiones, siempre sin alterar éstas ni sus fundamentos”. Estas normas guardan una estrecha relación, de un lado, con el art. 400 LEC, titulado Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos y cuyo apdo. 1 dispone que “cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior”, así como con el art. 401 sobre el momento preclusivo de la acumulación de acciones; y de otro, con el párrafo segundo del apdo. 1 del art. 218 LEC, que permite al tribunal resolver “conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”, pero siempre “sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer”.

juzgador que no dispone de habilitación legal en este sentido, y que supone, además de las consideraciones de derecho constitucional descritas en nota en relación con el artículo 24 CE y el principio de congruencia, atentar contra el principio de justicia rogada propio del proceso civil.

De los elementos que posibilitan la individualización de la acción, nos vamos a centrar en el análisis de la causa petendi, que es a nuestro juicio donde radica el carácter diverso y no acumulable de las acciones que actúan los distintos regímenes de responsabilidad, ya que los sujetos en uno u otro tipo de acción no van a presentar variaciones y el petitum hace referencia en cualquier caso, a una acción declarativa que pretende un pronunciamiento de contenido indemnizatorio y la condena a su pago por parte de quien fuera el causante del daño.

La causa petendi es el fundamento o razón en el que el actor basa su petición de tutela. La causa de pedir tiene un componente jurídico que sirve de límite a la facultad del juez de aplicar a los hechos el derecho que considere más procedente, por tanto limita su libertad a la hora de aplicar el principio “iura novit curia”. Este límite tiene fiel reflejo en el artículo 218 LEC, al disponer que el tribunal ha de resolver conforme a las normas aplicables al caso pero sin acudir a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer.<sup>311</sup>

Al respecto, destacan en nuestra tradición jurídica fundamentalmente dos teorías, la teoría de la sustanciación y la teoría de la individualización.<sup>312</sup>

- En la teoría de la sustanciación, la fundamentación de la demanda no es otra cosa que la relación de hechos aportada por el actor al proceso como título de justificación de su afirmación jurídica y como base de su pretensión.

Lo único decisivo son por tanto los hechos, por lo que, mientras estos no se modifiquen, no se altera la causa de pedir. No hay ningún obstáculo en que las partes utilicen unos u otros fundamentos jurídicos, pues la finalidad es ilustrar al juez, pudiendo variarlos a lo largo del proceso sin que se produzca mutatio

---

<sup>311</sup> SSTs de 6 julio de 2014, (JUR 2014,253186), 18 mayo 2012, (RJ 2012, 6358).

<sup>312</sup> DOMINGUEZ LUELMO, A. “Derecho sanitario y responsabilidad médica”. Lex Nova. 2007., p. 79.

libelli. El juez podría cambiar unos por otros, incluso utilizar diversos sin incurrir en incongruencia.

- En la teoría de la individualización, la fundamentación de la demanda sería la exposición de la relación jurídica en la que el actor apoya su pretensión. El Juez debe usar el fundamento suministrado por la parte, y no otro distinto porque ello supondría cambio de la acción.

Nuestra doctrina jurisprudencial, con sustento en el vigente artículo 218 LEC, parece superar ambas posturas y parte de la consideración de que la causa de pedir contiene dos elementos, uno fáctico y otro jurídico. El primero viene dado por el relato histórico de los hechos, los hechos subsumibles en la norma jurídica, mientras que el elemento jurídico se descompone a su vez en dos subelementos. Por un lado la calificación jurídica, fundamento o razonamiento jurídico, que es el conjunto de consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico vincula a un determinado supuesto fáctico y que hace que la tutela solicitada sea una y no otra distinta, y por otro, el elemento puramente normativo de esa calificación o fundamentación, es decir, las citas legales que apoyan la calificación jurídica.<sup>313</sup> Sólo en éste último reside la libertad del tribunal en la aplicación de los principios “iura novit curia” o “da mihi factum, dabo tibi ius”.<sup>314</sup> Estos principios no tienen un carácter absoluto como por demás resulta del artículo 218 LEC al disponer que el tribunal resuelva conforme a las normas aplicables al caso pero sin acudir a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer.

Antes ya de entrar en vigor la LEC de 2000, nuestro Tribunal Supremo rechazaba que la causa de pedir estuviera integrada única y exclusivamente por hechos puros, despojados de cualquier consideración jurídica. Muy al contrario, por causa de pedir debía entenderse el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión,<sup>315</sup> los hechos constitutivos con relevancia jurídica que constituyen

---

<sup>313</sup> DE LA OLIVA SANTOS. “Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil”. Thomson. Civitas. Madrid 2005., pp. 51 y ss.

<sup>314</sup> STS de 7 de octubre de 2002 (RJ 2003, 357).

<sup>315</sup> SSTs de 24 de julio de 2000, (RJ 2000, 6193) y 19 de junio de 2000 (RJ 2000, 5291).

condiciones específicas de la acción ejercitada,<sup>316</sup> o bien los hechos jurídicamente relevantes que sirven de fundamento a la petición y que delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal.<sup>317</sup> De ahí que no se admita la introducción de cuestiones nuevas presentándolas como puramente jurídicas.<sup>318</sup>

Nuestro Tribunal Supremo ha advertido incongruencia, entre muchos otros, en la condena a otorgar una escritura de donación no pedida en la demanda,<sup>319</sup> en acordar una indemnización por resolución unilateral de un contrato cuando se pidió por incumplimiento,<sup>320</sup> o por incumplimiento cuando la cantidad se pidió en concepto de devolución de parte pagada del precio, en condenar por competencia desleal si solo se demandó por infracción del derecho de marca<sup>321</sup>, en declarar nulo un contrato no por el error alegado en la demanda sino por faltar los requisitos de una donación,<sup>322</sup> en acordar la extinción de un contrato por mutuo disenso cuando lo pedido fue su resolución por incumplimiento,<sup>323</sup> en acordar un plazo de pago de una cantidad cuando se pidió en principio como exigible,<sup>324</sup> o más en particular sobre el juicio de retracto, se apreció incongruencia en una sentencia de apelación porque, computado el plazo de caducidad por el juez de primera instancia incluyendo los días inhábiles, el demandante alteró luego el día alegado en su demanda como inicial y el tribunal de apelación admitió esta modificación.<sup>325</sup>

Hay que reconocer, no obstante, que la distinción entre el componente jurídico de la causa de pedir y las normas aplicables por el juez conforme al principio “iura novit curia” no siempre es clara. Por eso el método más seguro para comprobar si se ha producido un cambio indebido de demanda, con correlativa incongruencia de la sentencia consistirá, dada la dimensión constitucional de la congruencia como

---

<sup>316</sup> STS de 16 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9915).

<sup>317</sup> SSTS de 16 de mayo de 2008 (RJ 2008, 4136) y 20 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 228).

<sup>318</sup> STS de 10 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9977).

<sup>319</sup> STS de 23 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9198).

<sup>320</sup> STS de 13 de mayo de 2002 (RJ 2002, 5595).

<sup>321</sup> STS de 6 de junio de 2007 (RJ 2007, 1536).

<sup>322</sup> STS de 18 de julio de 2002 (RJ 2002, 6260).

<sup>323</sup> STS de 27 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 329).

<sup>324</sup> STS de 5 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7053).

<sup>325</sup> STS de 7 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2560).

inherente a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión (art. 24 CE), en determinar si ese cambio ha alterado los términos del debate generando en el demandado riesgo de indefensión por haber contestado a la demanda adoptando una determinada línea de defensa como, por ejemplo, proponer excepciones procesales o la de prescripción en función de la acción ejercitada en la demanda,<sup>326</sup> incluso en una resolución, se atiende a la redacción del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro considerada aplicable por ambas partes aunque no fuera la verdaderamente aplicable al caso según su jurisprudencia.<sup>327</sup>

La doctrina jurisprudencial descrita ha de completarse con la que, también en materia de congruencia, declara que las partes deben asumir las consecuencias de sus respectivos planteamientos, sin arremeter contra la parte contraria ni sobre el juez cuando estos se atengan precisamente a esos planteamientos.<sup>328</sup>

En consecuencia, el principio *iura novit curia*, no permite al Tribunal apartarse del fundamento jurídico que se ha hecho, o que se ha querido hacer valer por las partes, aunque sí por ejemplo: cambiar una cita errónea de una o varias normas positivas, cuando de lo alegado o pedido se desprenda sin duda cuál es la norma o el conjunto de normas que quieren hacerse valer, suplir la omisión en la invocación de una o varias normas , si queda claro que el litigante apoya su pretensión en ellas, corregir la incorrecta denominación de un principio general del derecho , cuando de lo alegado y pedido se puede inferir cuál es ese principio general, corregir la errónea calificación de un negocio jurídico, si de lo alegado es posible deducir cuál es el negocio jurídico en el que se apoya el litigante, suplir un error en la calificación de un hecho, cuando lo que se alega y pide permite conocer el fundamento jurídico en que quiere el litigante sustentar su pretensión, o corregir, salvar o suplir las contradicciones internas, confusiones o errores en la fundamentación jurídica, siempre cuando sea posible, por

---

<sup>326</sup> SSTs de 7 de octubre de 2010, (RJ 2010, 7317): La Sala ha respetado en casación el plazo de prescripción de la acción sometido por ambas partes a debate, aunque no fuese el aplicable al caso según su propia jurisprudencia.

<sup>327</sup> STS de 24 de noviembre de 2010 (RJ 2011, 578).

<sup>328</sup> STS de 18 de marzo de 2010, (RJ 2010, 3914).

los hechos que alega, la pretensión que formula, y por los argumentos jurídicos que expone, determinar cuál es el objeto de la pretensión.<sup>329</sup>

Sentado lo anterior y si consideramos que unos mismo hechos pueden ser constitutivos de un supuesto de responsabilidad contractual y extracontractual, estaríamos como abona la teoría de unidad de culpa civil ante una única acción con normas en concurso, afirmándose que “si se denomina concurrencia de normas a la presentación coetánea de dos regulaciones diferentes con idéntica vocación de ser aplicadas sobre unos mismos hechos, es evidente que la concurrencia de la responsabilidad contractual y extracontractual responde plenamente a aquella definición.”

No obstante lo expuesto nuestro Alto Tribunal precisa que, en el caso de que se produzcan efectos por aplicación de uno u otro régimen jurídico cuya diferencia sea relevante y los elementos de la pretensión permitan determinar la naturaleza de la acción con carácter indiscutible, es necesario calibrar la acción con exactitud, diferenciadamente y con efectos excluyentes, con el fin de aplicar la disposición pertinente, en particular la prescripción.<sup>330</sup> Es decir, si a juicio del Tribunal los elementos que confluyen en el caso enjuiciado son encuadrables en uno de los dos regímenes de responsabilidad, aquí, el incumplimiento contractual ya no vulnera el principio general de no causar daño a otro, y la regulación contractual mantiene su especificidad frente a la extracontractual, si, en cambio, a juicio del Tribunal el supuesto es difuso, todo vale, incluso que se corrija de oficio la defectuosa calificación jurídica de la acción en perjuicio del derecho de defensa del demandado, haya o no precluido el trámite de alegaciones del actor. Todo un despropósito.

Resulta evidente que el sustento técnico de la teoría de yuxtaposición de responsabilidades y la de concurso de normas es claramente distinto, incluso podríamos decir que son teorías enfrentadas, y no es asumible y a nuestro juicio es un despropósito más, que nuestro Tribunal Supremo las aplique de forma indistinta o

---

<sup>329</sup> DOMINGUEZ LUELMO, A. “Derecho sanitario y responsabilidad médica”. Lex Nova. 2007., pp. 80 y 81.

<sup>330</sup> BLANCO GÓMEZ, J.J., “La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso”. Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro. Marzo 2004. p 5.

incluso cumulativamente como hemos visto por entender que hay espacios en los que la responsabilidad contractual y la extracontractual confluyen hasta el punto de hacer innecesaria la calificación no ya de la acción, sino de la propia relación jurídica que vincula a las partes, basta con aportar los hechos que ya calificará el tribunal porque quien causa el daño lo debe indemnizar, lo mismo si se produce por el incumplimiento de una obligación preestablecida, que cuando proviene de una culpa no referida a un vínculo antecedente, pues en ambos casos, se impone a la actuación sanitaria -médica y hospitalaria- la procura de la salud con los medios higiénicos adecuados.

Entendemos que de la dicción literal del artículo 218 LEC no puede derivarse otra lectura que el juzgado o el tribunal no puede sustituir los términos fundamentales de una acción, por otra que no haya sido ejercitada,<sup>331</sup> de forma que, si el interesado utiliza exclusivamente la acción de responsabilidad contractual, el órgano juzgador no puede entrar en el examen de la extracontractual, y si en la demanda no se ejercita acción de responsabilidad contractual, no puede condenarse por culpa de ésta clase, pese al principio *iura novit curia*. Es a la parte a la que le corresponde en virtud del principio de justicia rogada, aportar no sólo los hechos, sino también dilucidar de entre todas las posibles, la tutela que pide. La Exposición de Motivos de la LEC, es muy clara al respecto al señalar que: “Es a quien cree necesitar la tutela a quién se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos, y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela.”, también dice “... que se parte aquí de dos criterios inspiradores: por un lado, la necesidad de seguridad jurídica y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo. Con estos criterios, que han de armonizarse con la plenitud de las garantías procesales, la presente Ley, entre otras disposiciones, establece una regla de preclusión de alegaciones de hechos y de fundamentos jurídicos, que se inspiran en una sólida y consolidada jurisprudencia y en la doctrina”. Y

---

<sup>331</sup> Otra cosa es que el actor haya incurrido en error de derecho en la calificación de la acción, cuando ésta se deduce del propio contenido de la demanda y ello porque no tendrá dicho error virtualidad alguna ni perjudicará la pretensión indemnizatoria deducida ante los tribunales.



no cabe hablar de error de derecho salvo que de la propia demanda se deduzca que la acción que se pretendía actuar era otra y no la que se actuó.

Y si el actor omitió hechos en la relación circunstanciada que debe contener la demanda o si se han cometido errores en la calificación de la relación que sustenta la pretensión o en su fundamento, o no se han ejercitado las acciones procedentes o no todas ellas, la LEC en su artículo 401.2, le da la opción de ampliar objetiva o subjetivamente la demanda, corrigiendo los errores que hubiera podido cometer en el primer escrito o acumulando nuevas acciones a ejercer incluso dirigiéndolas contra nuevos demandados, todo ello con el condicionante preclusivo de que se realice antes de que el demandado haya contestado a la demanda. Asimismo, la Ley en su artículo 20 posibilita al actor a que renuncie a su acción o a que desista del juicio promovido, con la particularidad de que si es acordado el desistimiento el actor podrá promover nuevo juicio sobre el mismo objeto. Ahora bien, establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvención, las partes de conformidad con lo preceptuado en el artículo 412 LEC, no podrán alterarlo posteriormente sino sólo introducir alegaciones complementarias.

La posibilidad de formular una nueva demanda y acumular acciones está prohibida por el artículo 78 LEC.<sup>332</sup> Estando vivo el anterior proceso tampoco puede presentarse nueva demanda por cuanto el actor no puede reservarse acciones sino que debe articular todas las que estén en su mano ya que a efectos de litispendencia y de cosa

---

<sup>332</sup> “1. No procederá la acumulación de procesos cuando el riesgo de sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes pueda evitarse mediante la excepción de litispendencia.

2. Tampoco procederá la acumulación de procesos a instancia de parte cuando no se justifique que, con la primera demanda o, en su caso, con la ampliación de ésta o con la reconvención, no pudo promoverse un proceso que comprendiese pretensiones y cuestiones sustancialmente iguales a las suscitadas en los procesos distintos, cuya acumulación se pretenda.

3. Si los procesos cuya acumulación se pretenda fueren promovidos por el mismo demandante o por demandado reconviente, solo o en litisconsorcio, se entenderá, salvo justificación cumplida, que pudo promoverse un único proceso en los términos del apartado anterior y no procederá la acumulación.

4. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a los procesos a los que se refiere el número 2.1.º del artículo 76.” Excepción que se refiere a procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos que las leyes reconozcan a consumidores y usuarios, susceptibles de acumulación.

juzgada,<sup>333</sup> los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste. La acción ejercitada provoca la preclusión de la no ejercitada cuando ambas tienen la misma finalidad.

El Tribunal no puede apartarse de la causa de pedir aducida por cuanto incurriría en incongruencia 218 LEC, acudiendo a fundamentos de derecho distintos de los que se han querido hacer valer.

Dentro del proceso habrá de aceptar que todo queda vinculado a la opción elegida, suponiendo ello para el demandante que no puede posteriormente ampararse en el régimen excluido, pues ello supondría venir contra sus propios actos y modificar la *causa petendi*, así como tampoco podrá cambiar de calificación en segunda o posterior instancia porque constituiría una *mutatio libelli*, rechazable de plano. Asimismo, para el juzgador supone un límite a su actuación, pues ha de aplicar la normativa invocada, o en otro caso incurriría en vicio de incongruencia en su sentencia. La incongruencia extra petita (fuera de lo pedido),<sup>334</sup> en relación con el principio de iura novit curia, se

---

<sup>333</sup> SAP de Islas Baleares de 21 de septiembre de 2006 (JUR 2006, 279156). Considera la Audiencia que, en base al artículo 400.2 LEC, el actor no sólo debe alegar todas las fundamentaciones jurídicas que sostengan sus pretensiones, sino que también está obligado a formular todas las pretensiones que ostente contra el demandado, so pena de afectarles la cosa juzgada material en caso de reservárselas para un ulterior proceso. Si en un pleito anterior el actor reclamó al promotor una indemnización por incumplimiento contractual (entrega de garaje con menor cabida), posteriormente no podía reclamar en otro pleito otra indemnización por la menor cabida de la vivienda anexa, pues los datos ya los conocía en el momento de interponer la primera demanda: “En justa aplicación de la anterior doctrina al caso deviene indiscutible la existencia de la cosa juzgada por cuanto falta a la verdad la parte demandante al afirmar que tuvo conocimiento de la menor cabida de la vivienda y aparcamiento en fase de prueba del anterior proceso -no se discute la identidad subjetivo y causa de pedir-, cuando lo cierto es que para la elaboración del informe pericial de parte acompañado con la primera demanda ya tenía pleno conocimiento de la cabida real de la vivienda y aparcamiento al hacer uso el perito de los planos definitivos del proyecto en los que constaban las medidas reales de los que fue objeto de la compraventa, pudiendo perfectamente deducir la pretensión de indemnización por entrega de menor cabida de los mismos en el anterior pleito y no sólo limitarlo a la del porche, y de ahí que las pretensiones ahora actuadas se hallen cubiertas por la cosa juzgada.”

<sup>334</sup> STS de 17 de julio de 2014 (RJ 2014,4919): “La incongruencia puede producirse por omisión o ex silencio, cuando el árbitro o el órgano judicial dejan sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución; o por exceso, por conceder más de lo pedido - ultra petitum -, o por otorgar

produce en la medida en que la facultad que tiene el tribunal para encontrar o informar el derecho aplicable a la solución del caso comporta la alteración de los hechos fundamentales, causa de pedir, en que las partes basen sus pretensiones.<sup>335</sup>

Así, la congruencia no se mide en relación con los razonamientos o con la argumentación, sino que se hace poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia.<sup>336</sup>

Nuestro Tribunal Supremo asume que esta labor de contraste o comparación no requiere que se realice de un modo estricto, esto es, que se constate una exactitud literal o rígida en la relación establecida, sino que se faculta para que se realice con cierto grado de flexibilidad bastando que se dé la racionalidad y la lógica jurídica necesarias, así como una adecuación sustancial y no absoluta ante lo pedido y lo concedido; de tal modo que se decide sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo en todo o en parte.<sup>337</sup>

Si en vez del proceso pendiente hablamos del fenecido entonces la excepción será la de cosa juzgada material, según preceptúa el art. 222 LEC, que excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.<sup>338</sup>

---

algo distinto de lo pedido - extra petitum - ( SSTC 40/2006 de 13 de febrero de 2006 (RTC 2006, 40) y 83/2009 de 25 de marzo (RTC 2009, 83).

335 Así se recoge en SSTs como las de 18 mayo 2012, (RJ 2012, 6358) o 14 de abril de 2011, (RJ 2898, 2011).

336 STS de 30 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2572).

337 STS de 10 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 7876).

<sup>338</sup> SAP de Madrid de 18 de mayo de 2006 (JUR 2006\187863): En un pleito anterior entre las mismas partes, el letrado había reclamado de su cliente sus honorarios en base al pacto de “cuota litis”. El juzgado desestimó la demanda al considerar nulo dicho pacto. Por ello, el letrado insta un nuevo proceso en el que reclama sus honorarios en base al baremo orientador del Colegio de Abogados. Y en este proceso el juzgado de primera instancia dicta auto de sobreseimiento al apreciarse, entre otras excepciones, la excepción de cosa juzgada. La Audiencia desestima el recurso por entender que concurre la triple identidad de elementos entre la acción ejercitada con anterioridad: “ .. mal puede

El artículo 400 LEC pretende no tanto que el actor agote todas las acciones que “posea” frente a los mismos sujetos demandados, sino que agote todos los fundamentos fácticos y jurídicos en que base su acción, pudiendo en consecuencia “reservarse” acciones.<sup>339</sup>

---

sostenerse que no concurre la triple identidad de referencia entre el proceso sustanciado con anterioridad y el presente. La pretensión ejercitada se orienta a la percepción de honorarios por el trabajo profesional realizado; y es indiferente a propósito de la causa petendi de uno y otro procedimiento que en aquél se afirmara la existencia de un convenio y en el presente se postule el cobro de acuerdo con las normas orientadoras: La pretensión es idéntica.” En un idéntico sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona en auto de 15 noviembre de 2006 (JUR 2006\66596). Conoce del recurso de apelación frente al auto de sobreseimiento dictado en primera instancia al apreciar cosa juzgada. Los demandantes reclamaban una indemnización a una discoteca, en base a la responsabilidad aquiliana del art. 1902 CC, cuando anteriormente la habían reclamado en base a la vulneración del derecho al honor del artículo 7 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. La consecuencia es la misma: en virtud del art. 400.2 LEC, el actor debió alegar en el primer pleito todas las fundamentaciones jurídicas en que basaba su reclamación. Al haber accionado anteriormente en base a una intromisión ilegítima de la LO 1/1982 de 5 de mayo, en un pleito posterior no podía fundamentar su reclamación en la responsabilidad aquiliana del art.1902 CC, pues a efectos de cosa juzgada el objeto de ambos procesos es el mismo (art. 400.2). “A la luz de lo expuesto se evidencia que la rigidez de la preclusión es de gran consideración, por lo que el que pretenda interponer una demanda, con una pretensión u objeto determinado, deberá calibrar bien todas sus posibilidades, para no verse impedido posteriormente de ejercitar derechos que pudieren corresponderle. Ahora bien, entendemos que los hechos que sirven de base a la demanda en ejercicio de acción por vulneración del derecho de honor en el que como consecuencia de la intromisión ilegítima se reclamaba por daño moral la suma de 3.000.000 de pesetas, y la reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad civil ex delicto derivada de la falta de injurias en la que se reclama una indemnización de 19.800 euros, por los mismos hechos enjuiciados en la jurisdicción penal y por los que se condenó al demandado por una falta de injurias, podían haberse ejercitado conjuntamente en un mismo procedimiento.”

<sup>339</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 2005, (JUR 2005\117230). En la primera demanda se solicitaba la nulidad del testamento por incapacidad de la testadora, y posteriormente el actor pretende (firme la validez del testamento) la nulidad de la cláusula primera del testamento, de desheredación, con base en el art. 372 del Código de Sucesiones: “Es evidente por tanto que la “causa petendi” es distinta aunque persista el motivo por el que el actor litiga (su pérdida de derechos en la herencia de su madre). En el primer pleito se buscaba “lo más” (el reconocimiento de los derechos hereditarios del Sr. Salvador mediante la nulidad del testamento, con correlativo llamamiento ab intestato como heredero) y aquí se pretende “lo menos” (el respeto de la legítima). El sentido de ambas acciones no es el mismo ni la estructura coincide (en aquel primer pleito la carga de la prueba correspondía al actor y aquí corresponde a los herederos). Es fundamental el hecho de que aquí se arguya un fundamento de derecho distinto (art. 372 CS frente a 104 CS), lo que altera la identidad causal no siendo aplicable al caso el sentido y alcance de la cosa juzgada (art. 222 LEC)”.

SAP de Barcelona de 11 de octubre de 2002 (JUR 2003\105047). No aprecia cosa juzgada cuando anteriormente se había ejercitado la acción declarativa de dominio con condena de entrega de la vivienda, y posteriormente se reclama una indemnización por la desposesión: “Ciertamente que se da la

Finalmente, respecto a si el demandado tiene carga de reconvenir a efectos de que no le afecte la cosa juzgada del artículo 400 LEC, hemos de señalar que la solución no se manifiesta como pacífica en nuestra jurisprudencia,<sup>340</sup> pudiendo encontrar resoluciones en un sentido (preclusión de todas las posibles “causae petendi”, en que pudiera fundamentarse la pretensión de tutela de la reconviniente, al ser, conocidas y poder invocarse al tiempo de formular la reconvención)<sup>341</sup> y en el contrario (El artículo 400 LEC, no alcanza a la formulación de una reconvención. La reconvención no es una carga sino una facultad que tiene el demandado de aprovechar el procedimiento en el que ha sido demandado para poder a su vez ejercitar las acciones que tenga contra el demandante siempre que se cumplan los requisitos de admisibilidad que establece la Ley).<sup>342</sup>

### 3.- La Teoría negativa, también denominada teoría de la absorción o de la incompatibilidad

---

identidad personal y objetiva. Pero varía la causa petendi ya que en el anterior procedimiento se ejercita una mera acción reivindicatoria y en el presente una acción indemnizatoria por los daños y perjuicios que ha supuesto para los apelados la privación de una habitación de unos 31 m2 por más de nueve años”.

<sup>340</sup> DE LA OLIVA, “Sobre la cosa juzgada”. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 1991, p.17.

<sup>341</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Girona de 6 de abril de 2005. En el primer procedimiento, el actor formuló demanda contra su ex pareja solicitando el cumplimiento de lo pendiente de un contrato liquidatorio firmado por ambas partes, al finalizar una relación de convivencia “more uxorio”. Después se solicita por la parte demandada principal la declaración de nulidad y subsidiariamente la rescisión por lesión del contrato cuyo cumplimiento se solicita en el primer procedimiento, en que la demandada y ahora nueva parte actora, había reconvenido sin cuestionar la validez de dicho contrato, que “ex novo”, y en contradicción con la posición reconvencional, pretende anular o rescindir. Se estima la preclusión.

<sup>342</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 noviembre de 2004, (JUR 2005\37083) El art. 405 de la LEC obliga al demandado a exponer en la contestación a la demanda los fundamentos de su oposición, oponiendo todas las excepciones procesales y materiales que quiera alegar incluso aquellas que pongan de relieve todo aquello que impida la válida prosecución y finalización del proceso mediante sentencia sobre el fondo. Lo que no impide este artículo es que el demandado pueda reservar las acciones que tenga contra el demandado para poderlas ejercer en otro procedimiento. La única consecuencia de aquella decisión de no hacer uso de la posibilidad que le concede el art. 406 de la LEC es impedir que pueda obtener la acumulación de procedimientos (art.78 de la LEC).

Esta teoría niega que la responsabilidad contractual y la extracontractual puedan coexistir.<sup>343</sup> Y de concurrir, ha de prevalecer siempre la responsabilidad contractual por ser su regulación especial frente a la extracontractual que es general.

El contrato absorbe todo aquello que se encuentra en su órbita natural, y los daños ocasionados en el marco del contrato encuentran su eventual reparación con arreglo a la normativa contractual.<sup>344</sup>

La tesis de la absorción ha tenido especial predicamento en Francia (principio de «*non cumul*»), donde los Tribunales han tomado partido en contra de la intromisión de la normativa extracontractual en el ámbito del contrato.<sup>345</sup>

---

343 BLANCO GÓMEZ, J.J.. “La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática del derecho sustantivo español”. Dykinson. 1999 pp 5 y 71 a 94. Nuestra jurisprudencia ha asumido los postulados de ésta teoría en sentencias como las de 11 de octubre de 1991 (RJ 1991,8230), 16 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7447), 19 de junio de 1984 (RJ 1984, 3250), o 9 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1463), entre otras. En la primera de ellas, y a las resultas de un incendio de un inmueble en Santander, dentro del año siguiente a la finalización de la causa penal, el Estado entabló acción de responsabilidad extracontractual contra el arrendador. Lo mismo hicieron diversos arrendatarios pero fuera de plazo, lo que provocó la admisión de la demanda del primero y la inadmisión de la demanda de los segundos al estimarse la excepción de prescripción de la acción entablada de contrario. Con posterioridad se inicia nueva acción de responsabilidad, ésta vez contractual con sustento en que el arrendador no había cumplido sus obligaciones en cuanto al cuidado y conservación del inmueble. El Supremo, claramente partidario en el caso de la tesis de la incompatibilidad, declaró por una parte «que los regímenes de las responsabilidades extracontractual y contractual son netamente diferentes» (por lo cual no se podía admitir la excepción de cosa juzgada alegada por el demandado), para decidir que no era dable etiquetar ahora la pretensión de modo diferente a como lo había sido en el primer litigio.

344 RODRÍGUEZ GREZ, P., “Responsabilidad Contractual”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2003, p 25. “..en la responsabilidad contractual las partes han sometido ese interés a una particular tutela, y por ello lo han sustraído de cualquier otra tutela genérica preexistente. No puede ser jurídicamente serio el que, según las necesidades o conveniencias, la víctima opte por situar su pretensión en la órbita extracontractual, en la que obtendrá un mayor resarcimiento si todavía no ha transcurrido el breve plazo prescriptivo, o por resignarse a una indemnización del daño contractual previsible si ha transcurrido ya.”

345 VINEY “La dificultades de la recodificación del derecho de responsabilidad civil en el Código Civil 1804-2004.” Libro del bicentenario. París. Dalloz. Litec. 2004, pp. 255 a 281. PIZARRO WILSON, C. “Incumplimiento contractual. Resolución e indemnización de daños.” Universidad del Rosario. 2010., pp. 133 y ss. En nuestra doctrina, dicha teoría se encuentra con valedores, que subrayan su correcto carácter dogmático, como Pantaleón Prieto, en PANTALEÓN PRIETO, F. “Comentarios al Código Civil”, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1257 y ss y 1869 y ss.; o Yzquierdo Tosada en YZQUIERDO TOLSADA, M. “Sistema de Responsabilidad contractual y extracontractual” Dykinson. 2001, pp. 101 y 102 y en “La responsabilidad por culpa en el ámbito médico: Cauces para su exigencia.” V Congreso Nacional de

De las teorías que se plantean, esta es a nuestro juicio la más coherente de las expuestas. Los sistemas de responsabilidad son diferentes y no acumulables. O hay contrato, o no lo hay,<sup>346</sup> y en vez de elucubrar y relativizar conceptos, lo que hay que hacer es definir jurídicamente, lo que debemos entender por “órbita de lo pactado”, sobre todo en esquemas modernos de contratación, como el que constituye nuestro objeto de estudio, que comprende una pluralidad de relaciones jurídicas con variedad de intervinientes, y que muestra situaciones jurídicas que no pueden abarcarse o explicarse con una única relación contractual sino con un conjunto de ellas y que no se presentan como independientes sino que obedecen a la realización de un fin común. Se habla de una relación triangular<sup>347</sup> cuyas interacciones van a ser objeto de tratamiento más sosegado a continuación.

---

Derecho Sanitario, si bien éste último apunta el hecho de que es una teoría “muy poco aconsejable en la práctica, pues su uso puede llevar a la víctima a no encontrar un resarcimiento tan amplio como el que obtendría de utilizar las normas extracontractuales.”

<sup>346</sup>YZQUIERDO TOLSADA, M. “La concurrencia de responsabilidad....”. ob cit, p. 25. “Como dice Juan José Blanco, no existe propiamente concurrencia o yuxtaposición de responsabilidades. Los daños, o son contractuales, o son extracontractuales. Lo que pasa es que existen numerosas zonas fronterizas que plantean serias dudas. Pero un daño no puede tener doble naturaleza. Los nacionales de los países de la Península Ibérica son españoles o son portugueses, pero nunca portuñoles. Y que no me riñan los naturales de Olivenza.”.

<sup>347</sup> Paciente/compañía, médico/ compañía, y médico/paciente.

## **CAPITULO CUARTO**

### **LA RELACIÓN TRIANGULAR COMPAÑÍA/ASEGURADO/MÉDICO. ¿CONEXIDAD CONTRACTUAL?**

#### **1.- ¿Cuándo hay conexidad contractual?**

Nos preguntamos, si el esquema jurídico del seguro de asistencia sanitaria, responde al fenómeno de la conexidad contractual y si este puede aportar una solución de conjunto, que dé mayor certidumbre al paciente que ha de articular una pretensión resarcitoria por daño médico y que al mismo tiempo suministre menor ambigüedad al manejo que de los sistemas de responsabilidad civil, hacen nuestros juzgados y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Durante mucho tiempo se consideró que el contrato era una categoría acabada y perfecta y la realidad socio-económica marginaba la posibilidad de que las partes concluyeran distintos convenios para la consecución de sus fines.<sup>348</sup> La realidad de los tiempos marca una tendencia diferente, y esa posibilidad es admitida abiertamente en nuestro ordenamiento, aunque su tratamiento dista de ser exhaustivo y se circunscribe a la regulación de determinados negocios del tráfico jurídico, como es el caso del crédito al consumo.<sup>349</sup>

La pluralidad de contratos no siempre implica conexidad. Tal es el caso de la unión de contratos que se da cuando las partes los celebran con alguna *vinculación temporal o funcional*, pudiendo distinguir las siguientes subcategorías:<sup>350</sup>

a) *Unión meramente externa*: Dos contratos, independientes entre sí, se pueden unir externamente en el acto de su celebración, no guardando ningún nexo de subordinación o dependencia el uno con respecto al otro (puedo ir a una librería a

---

<sup>348</sup> LÓPEZ FRIAS, A. "Los contratos conexos" ed. Bosch. Barcelona. 1994., p. 255.

<sup>349</sup> Analizaremos lo que se entiende por conexidad contractual en dicho ámbito, para extrapolar conclusiones que puedan sernos de utilidad.

<sup>350</sup> ALTERINI, A.A.: "Contratos civiles, mercantiles y de consumo". Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1998., pp 193 y ss.



comprar un libro y alquilar otro). Se celebran dos contratos que aparecen unidos por su celebración coetánea por las mismas personas (y hasta pueden constar en el mismo instrumento), pero sin relación entre ellos. Esta categoría carece de relevancia jurídica especial.

*b) Unión de contratos con dependencia unilateral o bilateral:* Se da cuando dos contratos completos y unidos externamente son queridos por las partes como un todo único. Existe una relación de tal naturaleza que un contrato influye sobre el otro, tienen entre sí relevancia jurídica. Así, por ejemplo, cuando se compra un caballo y se alquila la silla para montarlo. Hay aquí dos figuras contractuales típicas pero con dependencia unilateral de una hacia la otra, ya que si el primer contrato quedara sin efecto, por el motivo que fuere, también quedaría sin efecto el segundo negocio.

*c) Unión alternativa:* Se da cuando la conclusión de uno o de otro de los contratos depende de que se cumpla, o fracase, cierta condición (ej. se compra un caballo para el supuesto que se llegue a ser oficial de caballería en el plazo de un mes, y de no resultar así, se lo alquila por tres meses. Según se cumpla o no la condición (hecho futuro o incierto) existirá compraventa o locación).

En la conexidad, a diferencia de la unión de contratos, el encadenamiento no presenta una mera yuxtaposición, o cierto grado de dependencia entre uno y otro, sino una necesaria amalgama de actos de varias personas, que son de índole diversa, pero que confluyen en el objeto de una operación económica global.

La causa común permite captar la homogeneidad de los intereses englobados dentro de la estructura de negocio, aún en presencia de una multiplicidad de prestaciones y efectos jurídicos.<sup>351</sup>

La doctrina italiana habla de función compleja u operación económica unitaria<sup>352</sup>, que viene a consistir en que las partes aceptan la convergencia de otros contratos o

---

351 DE LORENZO MIGUEL F. y TOBÍAS JOSÉ W, "Complejo de negocios unidos por un nexo (el ligamen negocial)", La Ley 1996-D, núm. 1387, MÁRQUEZ, J.F., Conexidad contractual", Revista de Derecho privado y comunitario, 2.007-2, p. 151

<sup>352</sup> RAPAZZO, A., "I contratto collegati", ed. Giufreé, 1998, p 157.

relaciones jurídicas, para hacer posible el fin específico de cada cual, de forma que se quiere o acepta la consecución de ambos fines (individual y global) o no se quiere ninguno por imposibilidad de cumplimiento.

Es reiterada la jurisprudencia en el sentido de que la causa a la que se refieren los artículos 1261.3 y 1274 CC, es el fin que se persigue en cada contrato, ajeno a la mera intención o subjetividad<sup>353</sup>, la razón objetiva, precisa y tangencial a la formación del contrato, siendo determinante de su realización<sup>354</sup>, de modo que la causa genérica y objetiva del contrato se define e identifica por la función económico social, o práctica del mismo, que es la razón que justifica que un determinado negocio jurídico reciba, en su caso, la tutela o protección del ordenamiento.

En el contrato de seguro sanitario lo que contrata el paciente es asistencia médica privada, por lo que el fin económico no es ajeno al entramado jurídico que supone de por sí la existencia de una red contractual a través de la cual la compañía obtiene financiación para la provisión de un servicio y el servicio mismo, que es contratado por esta para atender a sus clientes. La existencia de un contrato solo se explica porque hay otros que funcionan como un sistema de financiación y de provisión.<sup>355</sup>

Para que aparezcan los contratos como conexos, no es relevante el hecho de que estos hayan sido celebrados en un mismo instrumento, o que coincidan en el tiempo. Tampoco interesa a los fines de establecer una conexión negocial que medie identidad de sujetos, habida cuenta que el nexo puede operar entre negocios jurídicos concluidos por las mismas partes o entre partes diversas, ni siquiera es relevante el hecho de la pluralidad subjetiva de intervinientes. Si no fuera así, podríamos caer en el error de olvidar la identidad y autonomía de los esquemas negociales típicos, para confundirlos en un supuesto unitario atípico.<sup>356</sup> Lo que es importante, es acudir a la

---

<sup>353</sup> STS de 17 de diciembre de 2004 (RJ 2005,1813), 25 de febrero de 1995 (RJ 1995,1643) o 8 de julio de 1983 (RJ 1983,4117).

<sup>354</sup> STS de 17 de abril de 1997 (RJ 1997, 2912).

<sup>355</sup> SOTO COAGUILA, C.A. "La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato", Diario La Ley del 29 de Junio de 1999, p. 1.

<sup>356</sup> OPPO, G. "La directiva comunitaria sobre el crédito al consumo". Revista de Derecho Civil, 1987. p. 542.

causa del negocio, si la causa es única, aún cuando sea compleja, se tendrá negocio único; si hay varias causas, se tendrán otros tantos negocios jurídicos, aunque eventualmente conexos.<sup>357</sup>

La situación jurídica debe ser examinada a la luz de las obligaciones de las partes: cuando las prestaciones aparecen entre ellas coordinadas de modo que responden a un fin único perseguido por ellas, deberá concluirse que existe unidad contractual. Viceversa, cuando las prestaciones cuentan con suficiente independencia y se hallan ordenadas hacia *finēs diversi* debe admitirse la pluralidad negocial. Al respecto, se proponen como índices de conexión la unidad o no de la contraprestación, por ejemplo la unidad o la pluralidad del precio en dos o más servicios distintos<sup>358</sup>.

La doctrina por norma general huye de definir la figura por sus efectos y aduce la existencia de al menos dos criterios para determinar si se está ante uno o varios contratos: el criterio subjetivo y el criterio objetivo:

- Para el criterio subjetivo, la voluntad de las partes determina la cantidad de contratos celebrados, por lo que resulta necesario constatar si hay o no unidad de fuente, es decir de manifestaciones de voluntad<sup>359</sup>.
- El criterio objetivo prescinde del criterio de la voluntad, de forma que para algunos autores debe tenerse en cuenta la relación existente entre las diversas prestaciones. Así, hay conexidad si existe una relación de dependencia o de subordinación entre las prestaciones, pues la existencia de una de ellas sólo se explica por la anterior<sup>360</sup>, “*accessorium sequitur principale*”<sup>361</sup>. Mediante este criterio el contrato accesorio ( por ejemplo el contrato de préstamo) ha de

---

<sup>357</sup> MESSINEO, F. "Manual de Derecho Civil y Comercial", Ed. Jurídica Europa-América, Bs. As., 1971, Tomo II, pág. 341.

<sup>358</sup> ASCARELLI, T. "Il negoziointerretto", en Studio in tema di contratti. Giuffrè. Milán 1952, p.p. 11 y 12.

<sup>359</sup> TEYSSIE, B. "Les groupes de contrats". Op, cit., p.23.

<sup>360</sup> OPPO, G. "Contrato parasociali". Milán 1942, p. 38.

<sup>361</sup> Se alude a que en la existencia de un acuerdo de colaboración entre la entidad vendedora y la entidad crediticia, no cabe hablar en sentido estricto de contratos autónomos sino de la existencia de un ligamen muy estrecho entre ellos, en condiciones tales que sería de aplicación el principio *accessorium sequitur principale*; en tales casos la nulidad del contrato principal se extiende automáticamente a la relación accesorio. SAP de Vizcaya de 12 de febrero de 1999 (AC 1999,1917), SAP de Madrid de 17 de enero de 1998 (AC 1998,617) y SAP de Alicante de 31 de mayo de 1999 (AC 1999,1917).

seguir la suerte del principal (contrato de consumo), con lo que ambos contratos comparten alguna suerte de unidad causal.<sup>362</sup> Al respecto, se ha interpretado la conexidad como “el grado de conexión legal existente entre un contrato auxiliar y un contrato principal (normalmente de crédito)”<sup>363</sup>. El nexo supone un enlace, una unión, un vínculo entre los contratos que a su vez puede derivar de distintas fuentes: de la naturaleza jurídica de los contratos, nexo de índole objetiva (contratos derivados, el subcontrato), o de la voluntad de las partes, nexo de índole subjetiva o voluntaria y la propia ley (contrato principal/contrato accesorio), debiendo subrayar que en éste último caso el nexo viene impuesto por la propia estructura de los contratos celebrados con el consumidor y la ley se limita a reconocerla.

Nuestra doctrina ha subrayado, que no puede confundirse la función económico-social con la causa del contrato. La causa en todo caso sería el intento o la voluntad de las partes de obtener esa función, intención que tiene relevancia jurídica en el ámbito de la causa más allá de una concepción estrictamente objetivista.<sup>364</sup>

## ***2.- Régimen específico de conexidad contractual: los contratos vinculados en la Ley de Crédito al Consumo.***

---

<sup>362</sup> ALFARO AGUILA-REAL, J. “Observaciones críticas al Proyecto de la Ley de Crédito al Consumo, RDBB, núm 56, oct-dic, 1994. p. 1047.

<sup>363</sup> HILL-SMITH, A.G.L. “Consumer credit Law and practice”. Sweet& Maxwell. 1985. p 147.

<sup>364</sup> DIEZ PICAZO, L., “Fundamentos de derecho civil patrimonial”, Vol. I, 5ª ed, Civitas, Madrid 1996, pp. 228 y 229. Conviene distinguir en el ámbito de la causa, las siguientes: 1.- Teoría clásica: La doctrina clásica identifica la causa con la finalidad perseguida por los interesados al realizar el negocio. Esta causa es pues idéntica en todos los negocios de una misma clase y se diferenciaría claramente de los motivos que son extrínsecos al negocio e irrelevantes para su validez. 2.- Teoría objetiva: Según la cual, la causa es el fin económico y social reconocido y garantizado por el derecho. 3.- Teoría subjetiva: Según la cual la causa es fin particular y variable perseguido por las partes. Debiendo matizarse que ante la posible multiplicidad de fines impulsivos, la causa no es cualquier de ellos, sino solo el realmente determinante de la declaración de voluntad. 4.- Teorías anticausalistas: Estas teorías no toman en cuenta la misión de la causa como tipificadora del negocio globalmente considerado. Ante la dificultad de configurar la causa como requisito independiente, hay autores que niega su autonomía y la integran en otro elemento esencial del negocio: si este es oneroso en el objeto y si es gratuito en el mismo consentimiento. 5.- Teorías eclécticas: La causa responde a un concepto objetivo y atiende al fin que se persigue en el contrato por su especial naturaleza.

A continuación nos referiremos al ámbito del crédito al consumo, a fin de analizar como botón de muestra, el tratamiento legal de la conexidad contractual en nuestro ordenamiento, para determinar su aplicabilidad o no, a la estructura negocial compleja del seguro sanitario.

El crédito al consumo ha sido definido como aquel crédito concedido al consumidor por medio de una persona física o jurídica que regularmente actúa en el mercado crediticio para satisfacer necesidades de carácter personal, familiar, o domésticas y cuya garantía no es superior ni inferior a la fijada por ley.<sup>365</sup>

El modelo de conexidad que asume la ley está sustentado más en criterios objetivos que subjetivos, donde el papel accesorio del crédito en relación a la operación de consumo de adquisición del bien o servicio juega un papel relevante en la transmisión de efectos entre ellos.

No podemos decir que el convenio que suscribe compañía y médico sea meramente accesorio dentro del esquema contractual. Es cierto, cumple una función instrumental, dentro de la organización de provisión de asistencia sanitaria por cuanto la compañía no puede dispensarla directamente, pero el esquema de organización al que ese convenio presta servicio, es previo a la propia formalización de la póliza por el tomador, de hecho la existencia de una estructura de suministro de servicio es un elemento determinante en la contratación del seguro hasta el punto de justificar la misma.

Las operaciones de crédito al consumo se caracterizan por el desdoblamiento de la operación económica en dos contratos distintos y autónomos: por una parte el contrato de consumo, que puede ser de compraventa o de prestación de servicios, concluido entre el consumidor y el proveedor, y por otra el contrato de financiación que tiene por partes al financiador y al consumidor.

Puede haber un tercer contrato que vincule a proveedor y financiador pero no es imprescindible para la configuración de la financiación al consumo, porque puede

---

<sup>365</sup> CASADO CERVIÑO, A. "El crédito al consumo y la protección de los consumidores". Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 1983, pp. 494 y 495.

derivar simplemente de una práctica regular y ostensible. Si debemos subrayar el hecho de que se presentan, al menos dos contratos suscritos por el consumidor. Operaciones distintas aunque jurídicamente vinculadas.<sup>366</sup>

El esquema jurídico que se presenta, es también triangular y contiene aspectos coincidentes con nuestro objeto de estudio, tales como representar un sistema de financiación indirecta en la adquisición de un bien o servicio por el consumidor.

Es indudable la vinculación contractual existente entre la póliza y el concierto de la compañía con los facultativos o centros que integran sus cuadros médicos, primero porque la entidad no puede prestar asistencia médica sino a través de estos y en segundo lugar porque el sistema de provisión que representan los seguros de asistencia sanitaria se nutren de las propias pólizas para financiar el servicio que por otro lado se comprometen a prestar al consumidor. La pluralidad de contratos en la consecución de la causa común hacen al negocio jurídico único aunque complejo,<sup>367</sup> y el conjunto debe ser interpretado bajo criterios unitarios eclipsando su propia pluralidad interna.<sup>368</sup> Esta forma de entender el nexo explica que, en la pluralidad de contratos, ninguna de las partes pueda separarse de las demás, pero todas ellas pueden distinguirse unas de otras.

Ahora bien, la regulación existente no salva, en cambio, la circunstancia de que el asegurado no suscribe contrato alguno con el profesional que le atiende, es decir el consumidor del seguro sanitario mantiene dos relaciones jurídicas con distintos sujetos a las resultas de la póliza suscrita, pero a diferencia del consumidor en el ámbito del crédito al consumo, una es de naturaleza contractual con la compañía y otra extracontractual con el facultativo. Como veremos, la Ley de crédito al consumo al definir lo que debemos entender por contratos vinculados, no contempla tal escenario.

---

<sup>366</sup> ESCUIN IBAÑEZ, I. "Las adquisiciones financiadas en el crédito al consumo". Comares. Granada 2002, p.20.

<sup>367</sup> DI SABATO, F. "Unità e pluralità di negozi (Contributto alla dottrina del collegamento negoziale)", Revista de derecho civil. 1959, p.p. 412 y ss..

<sup>368</sup> TEYSSIE, B. "Les groupes de contrats". L.G.D.J. Paris. 1975, p.29.

Con la nueva Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que entró en vigor el 25 de septiembre de 2011, se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2008/48/CE. Los objetivos de esta nueva regulación son armonizar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros de la UE sobre determinados aspectos del crédito al consumo. Una de las novedades más relevantes, y que a su vez había dado lugar a mayores discusiones jurisprudenciales, es la relativa a los llamados contratos vinculados.

La anterior Ley 7/1995, de 23 de marzo, fruto de la transposición de la directiva 87/102/CEE, entendía que estábamos ante contratos vinculados sólo en aquellos casos en los que el consumidor había suscrito dos contratos distintos con dos personas distintas –físicas o jurídicas–, siempre que entre prestamista y proveedor hubiera un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud del cual aquél ofrecería crédito a los clientes del proveedor de los bienes o servicios. Sólo en estos casos, la ineficacia del contrato cuyo objeto fuera la satisfacción de una necesidad de consumo, determinaba la ineficacia del contrato expresamente destinado a su financiación (art. 14.2).<sup>369</sup>

El problema sustancial es que la Ley 7/95 no definía la vinculación o conexión contractual sino alguno de sus efectos para determinados supuestos muy concretos que dejaban expuesto al consumidor, así bajo la rúbrica de “Eficacia de los contratos vinculados a la obtención de un crédito”, su artículo 14, en su párrafo primero,<sup>370</sup> hacía mención en primer lugar a contratos más que conexos, condicionales<sup>371</sup>. Que no precisan de un régimen distinto del que contempla el Código Civil.

---

<sup>369</sup> SAP de Burgos de 22 de noviembre de 2010, (AC 2010,2194), SAP de Barcelona de 18 de noviembre de 2011, (AC 2011,133).

<sup>370</sup> “La eficacia de los contratos de consumo, en los que se establezca expresamente que la operación incluye la obtención de un crédito de financiación, quedará condicionada a la efectiva obtención de ese crédito. Será nulo el pacto incluido en el contrato por el que se obligue al consumidor a un pago al contado o a otras fórmulas de pago, para el caso de que no se obtenga el crédito de financiación previsto.”

<sup>371</sup> ACEBES CORNEJO, R. “Los contratos vinculados en la Ley de Crédito al Consumo”, Act. civ., número 3, 2005, p. 263.

El segundo párrafo del artículo descrito delimitaba la oponibilidad del incumplimiento del contrato de consumo a la financiadora, sólo a supuestos en que quedara acreditada la exclusividad en la financiación.<sup>372</sup>

Esta estricta y reducida regulación vaciaba de contenido la figura del contrato vinculado al menos en el ámbito de los créditos al consumo, al definir la figura por los efectos que se le reconocen, con el enorme peligro que ello comporta, ya que en general, el tratamiento legal de los contratos conexos es pobre y la ausencia de regulación positiva hace que sean constantes las referencias a aquellos ámbitos cercanos que sí disponen de regulación. Limitar la oponibilidad a la exclusividad es excepcionar el principio de relatividad contractual sólo a la concurrencia de éste requisito, por lo que, fuera de éste supuesto, los contratos mantendrían un comportamiento autónomo e independiente.

La defectuosa redacción de la Ley 7/1995, provocó la reforma operada por la Ley 62/2003 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social con el fin de corregir, eso sí de forma parcial, los efectos prácticos del excesivo rigor de la Ley en la apreciación de conexidad contractual y la oponibilidad del contrato de suministro de servicios continuados frente a la entidad financiadora en supuestos de incumplimiento.<sup>373</sup>

---

<sup>372</sup> “2. La ineficacia del contrato, cuyo objeto sea la satisfacción de una necesidad de consumo, determinará también la ineficacia del contrato expresamente destinado a su financiación, cuando concurren las circunstancias previstas en los párrafos a), b) y c) del apartado 1 del artículo 15”, es decir: “Que el consumidor, para la adquisición de los bienes o servicios, haya concertado un contrato de concesión de crédito con un empresario distinto del proveedor de aquéllos. Que entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios, exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste. Que el consumidor haya obtenido el crédito en aplicación de acuerdo previo mencionado anteriormente.” El artículo 14 concluía que “en todo caso, deberá quedar documentalmente acreditada la identidad del proveedor de los bienes o servicios en el contrato de consumo y la del concedente en el contrato de crédito, de forma que cada uno de ellos aparezca ante el consumidor como sujeto de las operaciones relacionadas con los respectivos contratos de los que es parte, sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente.”

<sup>373</sup> Se introduce un párrafo segundo en el artículo 14.2, de forma que la ineficacia del contrato, cuyo objeto sea la satisfacción de una necesidad de consumo, determinaría también la ineficacia del contrato expresamente destinado a su financiación: “En el caso de que se provean servicios de tracto sucesivo y prestación continuada, que entre el concedente del crédito y el proveedor de los mismos exista un



En los contratos de crédito al consumo, se excluye de esta forma la necesidad de exclusividad en el acuerdo previo en el caso de provisión de servicios de tracto sucesivo y prestación continuada. La matización introducida por la Ley obedeció a las numerosas resoluciones judiciales dictadas, principalmente en la solución de los casos de contratos de enseñanza vinculados a préstamo bancario<sup>374</sup>.

En el ámbito de los contratos sanitarios dicha problemática no se presenta como tal ya que la vinculación del paciente a un determinado facultativo o grupo de ellos derivará de la modalidad asegurativa elegida. Así, en los seguros de reembolso, donde la compañía se obliga simplemente a reintegrar el importe de las facturas médicas o de adquisición de productos farmacéuticos dentro de los límites de la póliza y en los que existe absoluta libertad por parte del consumidor para ir al médico o centro hospitalario que decida, no hay ningún tipo de coligación, es más la responsabilidad del facultativo que atiende al paciente es completamente independiente de la responsabilidad de la compañía que no se compromete a suministrar asistencia sanitaria sino simplemente, al reembolso de facturas.

En los seguros de asistencia sanitaria, en sentido estricto, la compañía se compromete a dispensar servicios que podríamos calificar de tracto sucesivo o de prestación continuada, a través de médicos o facultativos que integran los cuadros médicos de la compañía, cuadros que se integran como contenido de las pólizas y que determinan que aunque pueda existir libertad de elección por el asegurado, ésta ha de circunscribirse a un derecho de opción (si existe), dentro al mentado cuadro, por lo que podemos concluir que aquí si existe exclusividad y además es nota implícita en este tipo de contratos.

El reconocimiento y la definición de los grupos de contratos como técnica jurídica frente a los abusos asociados a la estructura subjetiva del crédito al consumo es el

---

acuerdo previo en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los servicios de éste. El consumidor dispondrá de la opción de concertar el contrato de crédito con otro concedente distinto al que está vinculado el proveedor de los bienes y servicios en virtud de acuerdo previo.”

<sup>374</sup> El legislador no ofrece razón alguna en la Exposición de Motivos que justifique la matización de la exclusividad introducida.

logro fundamental de la ley 16/2011 que en su artículo 29 y bajo la rúbrica de “contratos de crédito vinculados”, dota de certidumbre al sistema al definir la figura: “Por contrato de crédito vinculado se entiende aquel en el que el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos, o la prestación de servicios específicos y ambos contratos constituyen una unidad comercial desde el punto de vista objetivo.” Es decir que el conjunto de relaciones jurídicas contractuales obedezcan a una única causa económico- social que las vincula.

No cabe descartar que con base a lo estipulado en la Ley pueda llegarse a planteamientos semejantes y al reconocimiento de situaciones de coligación ante supuestos similares, en relación a las que se aprecie una identidad de razón atendiendo al espíritu y finalidad de la norma, mediante una labor interpretativa de la voluntad de las partes, la naturaleza del negocio o la buena fe en casos que queden fuera de la Ley de crédito al consumo, de ámbito restringido, conforme a los arts. 1 y 2 de la propia Ley, pero hablaríamos de operaciones de naturaleza análoga en un esquema contractual.

La causa económico social que vincula a los contratos conexos comprende el esquema de financiación del negocio que con ellos se articula. El Crédito al consumo, al igual que los seguros sanitarios, describen un supuesto de financiación indirecta del servicio que se adquiere en mercado. En el Crédito al consumo, en una primera etapa, la financiación indirecta implicaba que aunque el proveedor inicialmente financiaba la adquisición del consumidor, posteriormente y a fin de obtener cuanto antes el dinero liquido, transmitía sus derechos de crédito a un financiador que ocupaba su posición jurídica, sólo en lo relativo a la parte activa, no en la pasiva, de forma que el financiador podía reclamar el pago sin ser responsable de los incumplimientos de la compraventa. Para garantizar el cumplimiento del consumidor, el proveedor solía transmitir al financiador, la reserva de dominio sobre el bien (si existía), y respondía solidariamente en el caso de que el primero no reembolsara el crédito<sup>375</sup>.

---

<sup>375</sup> ESCUIN IBAÑEZ, I. “Las adquisiciones financiadas en el crédito al consumo”, op cit., p.17.

Actualmente el esquema descrito presenta una sensible variación. Los derechos de crédito del proveedor generalmente están instrumentados en títulos cambiarios<sup>376</sup>, y por otro lado estos derechos se transmiten al financiador, bien mediante contrato de descuento<sup>377</sup>, bien mediante un contrato de factoring en el que aquellos derechos acabarán incluidos<sup>378</sup>.

A través de estos dos contratos el proveedor recibe el importe nominal del crédito con antelación al vencimiento con detracción anticipada de los intereses por el tiempo que falta para el vencimiento y de las comisiones que cobra el financiador por los servicios prestados. Este anticipo es una especie de financiación de las adquisiciones o servicios que el proveedor presta al consumidor, y mientras es esencial en el descuento<sup>379</sup>, en el factoring es necesario que el negocio incluya el servicio de financiación<sup>380</sup>.

El traspaso de los créditos del proveedor al descontante o factor atribuye a estos el carácter de financiador directo frente al proveedor e indirecto frente al consumidor. Aunque el consumidor suscribe inicialmente un solo contrato, finalmente la satisfacción de los intereses del proveedor determina el nacimiento de otra relación jurídica con una tercera parte distinta.

El esquema de financiación de la asistencia sanitaria privada también es indirecta por cuanto es la compañía y no el asegurado el que satisface los emolumentos del médico o centro concertado, aunque se nutre de las primas que pagan los asegurados a través de sus pólizas, una pluralidad de contratos que indudablemente están interrelacionados en la provisión de financiación a la compañía para sufragar el servicio del que se van a beneficiar, a las resultas de la póliza suscrita. Aunque esta financiación no sólo se obtiene de las pólizas sino que la aseguradora invierte también otros recursos, propios y/o ajenos, en el desarrollo de lo que no deja de ser un negocio,

---

<sup>376</sup> GARCÍA CORTÉS, J.A., "Las obligaciones cambiarias y la protección al consumidor". Contratación y Consumo, ORDUÑA MORENO, F.J., (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia 1998, p. 358.

<sup>377</sup> GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L. "El contrato de descuento bancario". Centro de documentación Bancaria y Bursátil. Madrid 1990, p.86.

<sup>378</sup> GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.M. "El contrato de factoring". Tecnos, Madrid 1990, p.48.

<sup>379</sup> GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L. "El contrato de descuento bancario". Centro de documentación Bancaria y Bursátil. Madrid 1990, pp. 744 y ss.

<sup>380</sup> GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.M. "El contrato de factoring". Tecnos, Madrid 1990, pp.52 y ss.

donde el beneficio obedece a variables muy diversas y muchas veces a la interrelación de diversos productos puestos por las compañías aseguradoras en el mercado de acuerdo con sus estrategias comerciales y sus planes de negocio.

Si en el crédito al consumo existe unidad comercial cuando el mismo proveedor del bien o servicio financia el crédito al consumo, o si la preparación o celebración del crédito se lleva a cabo gracias a la participación del proveedor, o si en el mismo contrato de crédito se señalan expresamente los bienes entregados o los servicios que se vayan a prestar al consumidor,<sup>381</sup> en el ámbito de los seguros sanitarios privados donde la participación del proveedor en el sistema de organización y financiación del servicio es evidente, también existe.

En el seguro sanitario, si asumimos los postulados expuestos hasta el momento, por lo que se refiere a la vinculación obligacional existente entre facultativo y asegurado, no hay una estructura contractual con el consumidor, hay una estructura contractual alrededor del consumidor, que es contractual y conexa pero que no explica desde un punto de vista de responsabilidad en los mismos términos, la relación existente entre el asegurado y el facultativo por no existir relación contractual entre ellos. La regulación legal, por ser esta restrictiva y contemplar un escenario diverso resulta escasa para justificar jurídicamente bajo el esquema de la conexidad contractual la relación triangular existente en los seguros de asistencia sanitaria, que pasa en todo caso por buscar una explicación contractual de dicha relación que de coherencia al sistema en atención a la regulación existente en materia de coligación.

---

<sup>381</sup> Sozzo G. "Interpretación y otros efectos de la complejidad negocial (¿Para qué puede servir vincular los contratos?)", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2007-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2007, pág. 311 y ss.; LORENZETTI, Ricardo L., Tratado de los contratos, T. I, cit., pp. 42 y sgtes.; LORENZETTI, Ricardo L., "Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros", Revista de Derecho del Consumidor, Nº 28, Porto Alegre, 22; LORENZETTI, Ricardo L., "Cuál es el cemento que une las redes de consumidores, de distribuidores o de paquetes de negocios? (aproximación a la conexidad contractual como fundamento imputativo)", LL 1995-E,1013; LORENZETTI Ricardo L., "Redes Contractuales, contratos conexos y responsabilidad"; en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 17; Rubinzal Culzoni, 1998, 207; MOSSETITURRASPE, J. Contratos Conexos, Grupos y redes contractuales, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.

### **3.- La vinculación contractual sustentada en el brocardo *simul stabunt simul cadent*.<sup>382</sup>**

Interesa analizar otro aspecto que algunos autores plantean como esencial de los contratos conexos y que deriva de la identificación de la causa común con la finalidad económica<sup>383</sup> (nexo económico) o causal<sup>384</sup> (nexo funcional)<sup>385</sup> de la operación. Esa identificación les ha llevado a defender que es nota sustancial a los contratos conexos el principio contenido en el viejo brocardo “*simul stabunt, simul cadent*”.<sup>386</sup> En este sentido, para el crédito al consumo el legislador ha tenido en cuenta la posibilidad de que el contrato de crédito quede vinculado a la compraventa, de tal manera que la ineficacia de esta última determina la ineficacia del crédito, incluso que la compraventa se vincule a la consecución de un crédito, de tal manera que la eficacia de la primera queda supeditada a la del segundo (artículo 14 LCU) declarando nulo el

---

<sup>382</sup> *Res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest Simul stabunt, simul cadent.*

<sup>383</sup> NIETO CAROL U. (dir.): “Crédito al consumo y transparencia bancaria”. Madrid 1998, p. 445: “En el artículo 358 del BGB Alemán, el sustento de la conexión funcional entre dos contratos tiene fundamento objetivo, esto es, que existe algún fundamento de unidad económica en una adquisición financiada. Y es por ello mismo, que el concepto de unidad económica tiene sentido abstracto, en razón de que además su configuración es previa a la Directiva europea; así el precepto señala que: “una unidad económica existe cuando el prestamista financia la contraprestación del consumidor, o en caso de financiación por tercero, cuando el prestamista se sirve de la colaboración del proveedor en la preparación o conclusión del contrato de crédito”. El autor justifica también que entre la compraventa y el préstamo existe, sobre la base de la regulación alemana y en derecho español, una unidad económica cuando la colaboración entre el prestamista y el vendedor está regulada en un contrato marco. No obstante ALFARO AGUILA-REAL, J. “Observaciones críticas sobre, ob. citpág 1047, señala que el BGB Alemán utiliza un concepto más amplio de contratos vinculados.

<sup>384</sup> DI NANNI, C. *Colegamento negoziale e funzione complessa*, en Rivista di Diritto Commerciale. En: Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni. Parte prima. Casa editrice Dottor Francesco Villardi. Milano. 1977. Anno LXXV. pp. 302-304.

<sup>385</sup> LÓPEZ FRIAS, A. “Los contratos conexos” op cit., p. 282 y ss. Admitir la concurrencia de un nexo funcional implica “que la finalidad propia de al menos uno de los contratos, o el fin perseguido por las partes en un supuesto dado, ha de exigir la celebración de más de un acuerdo de voluntades. La vinculación ha de estar, por tanto, en la naturaleza de alguno de los contratos concluidos o en el propósito global que a través de ellos se pretende conseguir .... Habrá vinculación cuando celebrados varios convenios, deba entenderse que no puedan ser considerados desde el punto de vista jurídicos independientes, bien porque su naturaleza y estructura así lo determinen o bien porque entonces, quedarían sin sentido desde la perspectiva de la operación económico jurídica que a través de ellos, quiere articularse”.

<sup>386</sup> Significa algo así como “Tal como están –los contratos– así caen”. COLOMBO, A., “Operazionieconomiche e collegamentonegoziale.”, Cedam, Padova 1999, p. 277.

pacto incluido en el contrato por el que se obligue al consumidor a un pago al contado o a otras fórmulas de pago, para el caso de que no se obtenga el crédito de financiación previsto. Pero, ¿se da en todos los supuestos de vinculación contractual?, ¿podemos entender que la conexidad implica comunicación automática de las diversas patologías que pueden sufrir los contratos?

A continuación analizaremos la problemática y si afecta a la vinculación contractual que innegablemente existe en el ámbito de los seguros de asistencia sanitaria. La consecuencia esencial es que ante supuestos de nulidad de uno de los negocios jurídicos no procedería la invocación del principio de conservación de los efectos del contrato.<sup>387</sup>

La conexidad comercial se expresa a nivel funcional, supeditando unos contratos a otros en la realización del fin común.<sup>388</sup>

A través del viejo brocardo se pretende explicar el fenómeno de extensión de las vicisitudes en los contratos conexos, poniendo de relieve que el estrecho vínculo existente entre los distintos contratos, (en algunos casos por la función económica que las partes persiguen), determina que las patologías de un contrato repercutan en los demás.<sup>389</sup> Los destinos de uno influyen los destinos del otro en términos de validez y eficacia, siendo único el interés perseguido por los contratantes a través de una

---

<sup>387</sup> BUSTO LAGO, J.M., "Incumplimiento de la prestación de servicios a través de un contrato de préstamo al consumo. Algunas precisiones a propósito del caso Opening English School". Actualidad jurídica Aranzadi Nº 564, febrero de 2003, p.3.

<sup>388</sup> ARANA COURREJOLLES, C. "La Interpretación del Acto Jurídico", Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1992, pp. 189 y 192.

<sup>389</sup> Por aplicación del principio de propagación de la ineficacia contractual a otros actos o contratos que guardan cierta relación con el inválido cuando tienen su causa precisamente en el primeramente concertado, la nulidad o ineficacia de los anteriores arrastrarían a este posterior. Así, tiene declarado el TS en STS de 31 marzo de 2015.(RJ 2015,1333) en relación con un contrato de usufructo al que viene anejo uno de arrendamiento de industria. La sentencia determina que " los efectos de la nulidad de aquél deben extenderse a este, pues, desaparecida la causa del primer contrato en virtud de la nulidad declarada, desaparecen los presupuestos sobre los que se funda la causa del contrato vinculado a él por efecto de aquella declaración de nulidad. El segundo contrato concertado tenía una vinculación causal plena con el primero declarado nulo y no se habría concertado en el caso de que el primero no hubiera producido efectos en virtud de la nulidad que posteriormente se declaró. El principio aplicable sería, en consecuencia, simul stabunt, simul cadent (juntos caerán quienes juntos estén).

pluralidad de los contratos, los cuales *simul stabunt, simul cadent* (juntos estaban, juntos caen).<sup>390</sup>

Ahora bien, este principio no es regla general y no se da en todos los supuestos. Hay autores<sup>391</sup> que consideran en este punto, que para delimitar los efectos característicos de los contratos conexos se deben distinguir sus dos tipos estructuralmente posibles: el unilateral y el bilateral.

A.- En el primero, (hablamos de contratos de garantía o de financiación de operaciones de compra de bienes y derechos de los que estos son accesorios), cabría defender que cada vicisitud del contrato principal se comunica al contrato accesorio o auxiliar, de tal modo que la invalidez, la anulabilidad, la rescisión, la resolución del contrato principal, serían también vicisitudes del contrato accesorio, y el incumplimiento del primero dispensa del cumplimiento del segundo. La teoría de aplicabilidad del brocardo implica que la patología de un contrato acaba por determinar, más o menos directamente, la patología del otro porque se frustra la función económica global, entendido el planteamiento de forma general ha de tomarse con cautela.<sup>392</sup>

Frente a esa posición, la crítica que cabe hacer, es que en ausencia de norma legal, no cabe sentar reglas generales de las que se derive que la nulidad de un acto deba trascender a otro posterior que con él se relacione, o que en el mismo se apoye. Ha de atenderse, ante todo, al propósito comercial concreto, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la naturaleza del negocio y las exigencias de la buena fe.

El problema de la propagación de la ineficacia debe resolverse de distinto modo en función de la naturaleza del vínculo que une a los contratos celebrados por las partes. Si ambos contratos cooperan al logro de un mismo resultado buscado por las partes, la ineficacia de uno origina la ineficacia de los demás cuando sin él ya no puede lograrse

---

<sup>390</sup> GAZZONI, F. *Manuale di diritto privato*, VII edizione aggiornata, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, pp. 774 y 775.

<sup>391</sup> MESSINEO, F. "Manual de derecho civil y comercial", Giuffré 1972, Milán, p. 729.

<sup>392</sup> FERRANDO, G. *I contratti collegati*, en Nuova Giurisprudenza civile commentata. Parte Seconda. Rivista bimestrale delle nuove leggi civili commentate a cura di Guido Alpa e Paolo Zatti. Anno II. Cedam. Padova. 1986. pp. 271y 272.

ese resultado. La comunicación se producirá, entre otros casos, no sólo cuando exista precepto específico que imponga la nulidad del acto posterior, sino también cuando éste presuponga, para su validez, la circunstancia de un determinado estado o condición de alguno de los participantes, que intentó adquirirse mediante el acto nulo precedente, o cuando el acto posterior persiga el mismo fin de defraudar la ley o de atentar a la moral o al orden público; o sea que presidiendo a ambos una unidad intencional, sea el anterior causa eficiente del posterior, que así se ofrece como la consecuencia o culminación del proceso perseguido.

Es requisito sustancial para la comunicación de los efectos de un contrato sobre otros, que estos estén en situación de recíproca dependencia, en el sentido de que son contratos condicionados no solamente en su ejecución (eficacia funcional) sino también en su validez (eficacia estructural) por ser interdependientes en su unidad teleológica.<sup>393</sup>

Es difícil extraer un criterio de la jurisprudencia acerca de cuándo la ilicitud del propósito perseguido por la obligación principal se extiende a la accesorio. La idea de que la invalidez de la obligación, cláusula o contrato principal acarreará, en todo caso la de lo accesorio, tanto si es parte del mismo contrato como si se trata de contrato coligado o conexo, implica simplificar en exceso las cosas y no es argumento que pueda aplicarse de forma lineal a todos los supuestos que pueden darse, como si todo pudiera reducirse al tratamiento de la cláusula penal del artículo 1155 CC, que no puede aplicarse en caso de ineficacia de la obligación sobre la que versa.<sup>394</sup> Los mismos conceptos de accesorio y de principal son relativos y en ocasiones la operación negocial en su conjunto forma un todo que las partes no hubieran querido celebrar sin “lo accesorio” de otra, porque no siempre la accesoriedad se da respecto del contenido de la obligación principal, o al menos no sólo respecto de ella.

---

<sup>393</sup> MARIANI, P. Il collegamento negoziale nel diritto privato, en *Rivista di diritto privato*, Nº 2, Anno III, Aprile-Giugno, Ipsoa Editore s.r.l., Milano, 1998, p. 254.

<sup>394</sup> DELGADO ECHEVARRIA, J. y PARRA LUCAN M.A. “Tratado de la nulidad de los contratos”. Zaragoza. 2003, pp. 125 y ss.



En lo que respecta a los seguros de asistencia sanitaria y por lo que respecta a los contratos que se integran en la relación jurídico compleja que suponen, ya hemos indicado que no pueden entenderse que el contrato que suscribe el facultativo con la compañía (revista la forma jurídica que sea), sea accesorio respecto de la póliza, porque en todo caso se presenta como instrumento necesario para la organización del servicio que se oferta al consumidor para suscribir la póliza y ésta supone instrumento necesario para la financiación del sistema. No es el binomio principal/accesorio el que mejor define el conjunto de relaciones contractuales que ampara la póliza.

B.- En el bilateral, el brocardo latino implica que la interdependencia de los contratos autoriza a que cada contrato se vea afectado por las vicisitudes de los demás. Tampoco aquí podemos hablar de una propagación automática, sino más bien que la invalidez, la resolución, la rescisión de uno de los negocios, puede dar lugar a que se declare judicialmente la caducidad de los demás por imposibilidad de realizar el interés perseguido por las partes.<sup>395</sup> Podemos citar a modo de ejemplo en este apartado los acuerdos de utilización y venta de productos de una determinada marca a distintos comerciantes con los que se firma un contrato de suministro no exclusivo. Las eventualidades que pueden surgir en ejecución de uno de los contratos de suministro pueden afectar al resto de los contratos aunque se presenten como convenios independientes.

Del mismo modo el sistema de provisión y financiación de las compañías sanitarias se sustenta en la venta de pólizas a distintos consumidores. La red contractual que mantiene la compañía con los distintos clientes participa de los caracteres de contratos vinculados bilaterales y las eventualidades tales como el daño que sufra un paciente a las resultas de un grave fallo de organización o suministro del servicio sanitario puede afectar al resto de pólizas. Se trata de una red contractual donde los efectos de cada contrato individualmente considerado inciden en los restantes contratos, aunque sea

---

<sup>395</sup> MALUQUER DE MONTES, C.J. "Protección de los consumidores: El crédito al consumo y los contratos vinculados.", Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez Picazo, Tomo en AAVV p , Derecho de obligaciones, Civitas, Madrid, 2000. p.2356. ALFARO AGUILA REAL, J. "Observaciones críticas ...", obcit, p. 1047. SCHINZEROTTO, G., "Ilcollegamentonegoziale", Jovene, Napoli 1983, p.p. 194 y ss.

de manera indirecta.<sup>396</sup> Pero este ejemplo hace mención a un aspecto muy específico centrado en el esquema jurídico de provisión de asistencia sanitaria al asegurado a las resultas de la póliza suscrita. Es decir, más en el sentido de la responsabilidad objetiva que propugna el artículo 148 TRLCU que de la responsabilidad que podamos exigir a la compañía por acto médico en sentido estricto.

El principio *simul stabunt simul cadent*, precisa de un interés asociativo satisfecho a través de un negocio que requiere pluralidad contractual en sistema; la causa en estos supuestos vincula a sujetos que son parte de distintos contratos situándose fuera del contrato, pero dentro del sistema o red contractual; es una causa sistemática. Ello significa que hay una finalidad económico social que trasciende la individualidad de cada contrato y que constituye la razón de ser de su unión; si se desequilibra la misma se desequilibra todo el sistema y no un solo contrato.<sup>397</sup> Hablamos de organización y estructura del servicio. En este sentido el esquema de financiación o provisión de asistencia pueden verse afectados y afectar la propia pervivencia de la póliza, pero en ningún caso el argumentario afecta la responsabilidad derivada del acto médico que tiene sus criterios propios y sigue contando con el escollo de que si bien dentro del esquema jurídico que representan los seguros de asistencia sanitaria existe coligación contractual en la relación paciente/compañía, compañía/facultativo, la relación existente entre el paciente y el facultativo es extracontractual, y en tanto no encontremos una explicación contractual a dicha relación, no podremos extender la doctrina de los contratos conexos a los seguros de asistencia sanitaria.

Hay autores que con sustento en Derecho comparado, ponen de manifiesto que la conexidad no es tanto contractual como funcional y obligacional, donde interactúan relaciones jurídicas de distinta naturaleza (contractual y extracontractual), que tienen su sede precisamente en el complejo contractual y en las relaciones jurídicas que de él derivan.<sup>398</sup>

---

<sup>396</sup> TOBIAS, J. W., DE LORENZO, M. F.: "Complejo de negocios unidos por un nexo", La Ley 1996 "D", p. 1408.

<sup>397</sup> LORENZETTI, R L, "Contratos modernos ¿conceptos modernos?, La Ley 1996-E-851.

<sup>398</sup> RODRÍGUEZ MORATA, F.A. "La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra", Madrid. 1992, p. 92 y ss.

#### **4.- Otras posibilidades de ordenación planteadas desde el Derecho comparado.**

##### **4.1.- Las consecuencias de la conexión funcional en el Derecho alemán.**

La conexión funcional de los distintos contratos hacia la realización del fin común aparece en algunos ordenamientos de nuestro entorno, como es el caso del derecho alemán, por ejemplo en el *BürgerlichesGesetzbuch*, donde la convergencia de la triple voluntad jurídica de las partes en el negocio conexo es posible deducirla de la conformación de una unidad económica (*wirtschaftlicheEinheit*), por ejemplo entre los contratos de préstamo y consumo. La conexión contractual objetiva tiene mayor relevancia que la típica vinculación subjetiva de la voluntad jurídica de las partes. Es por ello que el concurso de un acuerdo previo entre los empresarios, no tiene en sí un marcado rigor de exigencia, ya que basta la comprobación de simples actos de colaboración empresarial para admitir la existencia de una voluntad jurídica uniforme en la conexión de contratos de préstamo y consumo (arts. 358 y 359 BGB Alemán).

La descripción normativa de la unidad económica implica que dos tipos diferentes de contratos pueden constituir económicamente una operación unitaria. Se ajusta a la particular relación de colaboración legal que tiene que existir entre el empresario prestamista y el empresario proveedor de los bienes o servicios, entre la compañía proveedora de servicios sanitarios y el médico que asiste a los pacientes asegurados. La colaboración se presupone, salvo prueba en contrario<sup>399</sup>.

Lo relevante reside en la falta de severidad de los fundamentos que sustenta la unidad económica, ya que ello ha permitido al legislador alemán equilibrar la carga de los riesgos contractuales incluso en supuestos de naturaleza extracontractual pero en la esfera jurídica de ambos empresarios. Así, por ejemplo, el daño que sufren mercancías en depósito o como consecuencia del transporte, al margen de la propia transacción comercial, pueden quedar enmarcadas en esa causa unitaria.

---

<sup>399</sup> ULMER, P., HABERSACK, M. "VerbraucherKedirgesetzKommentar". München. 1995 en ALFARO AGUILA REAL, J. "Observaciones críticas al Proyecto de Ley de crédito al Consumo" en RDBB, 1995, p. 1047.

La conexión tiene su punto de sutura en la colaboración hacia la consecución de la adquisición del producto o servicio por el consumidor, amparado en un conjunto de contratos que generan vínculos de responsabilidad entre todos los intervinientes. No empero la póliza y el convenio que suscriben facultativo y compañía determinan la responsabilidad extracontractual de esta por acto médico lesivo que es hecho ajeno a la actividad de la compañía.

Se relativiza el carácter contractual o extracontractual de la prestación en aras a englobar dentro de la función económico social que informa la operación, el conjunto de obligaciones que contribuyen a su realización.

La posición es muy endeble como para justificar extender el fenómeno de la conexidad contractual a la relación extracontractual que vincula a consumidor y médico, que no podemos conceptuar como un riesgo contractual a las results del contrato suscrito por la compañía y el asegurado, precisamente porque la actividad de la compañía es distinta de la actividad médica y la responsabilidad contractual que cabe propugnar de ésta con el TRLCU en la mano es una responsabilidad organizativa y de provisión, pero no por acto médico y no hay regulación en nuestro ordenamiento que permita deducir otra cosa.

Cuestión distinta es si pudiéramos reconocer al paciente, que es tercero en la relación que mantienen compañía y facultativo, por mor de la póliza suscrita con la compañía, en la que es parte contractual, y entendiendo que ambos contratos claramente actúan al servicio de una causa común, una acción directa contra la compañía y el facultativo. Esta postura ha sido analizada profusamente en doctrina francesa y supone la relativización del concepto de parte, legitimando activamente a terceros que no han sido parte del contrato.<sup>400</sup>

Se argumenta que los contratos conexos “constituyen un conjunto, que al estar vinculados económicamente (...) y manifestarse jurídicamente (...) en la interdependencia entre dos o más contratos, no son “res inter alios acta”, de donde

---

<sup>400</sup> Cour de Cassation de 8 de marzo de 1988 (J.C.P., 1988, II, 21070) y de 21 de junio de 1988 (J.C.P., 1988, II, 21125). Se extiende la responsabilidad contractual al punto de determinar el deber de indemnizar un daño no derivado propiamente por lo contratado por los contratantes.

resulta que una parte de uno de los contratos no es tercero en sus relaciones con una parte de otro contrato del conjunto.”<sup>401</sup>

De asumir ese postulado en nuestro ordenamiento, podríamos dar una solución en clave contractual a la problemática de la responsabilidad de las compañías sanitarias por acto médico lesivo, que sin duda daría certidumbre al accionante y evitaría la utilización de sistemas de responsabilidad diversos en una misma demanda, pero falta regulación que la ampare. No hay previsión legal como en el artículo 76 LCS.

#### ***4.2- La relativización del concepto de parte y de tercero en los grupos contractuales.***

Nuestro Código Civil no define ni el concepto de parte ni el de tercero. La noción de parte se atribuye desde posiciones tradicionalmente voluntaristas a quienes consintieron en obligarse.

El concepto de tercero, es un concepto controvertido, identificándose con tal término al no contratante o su causahabiente<sup>402</sup>, lo que implica una voluntad extraña al consentimiento contractual, pero no siempre ajena al acto jurídico realizado y que no supone en todos los casos un desconocimiento de su existencia, siendo la concurrencia o no de estas dos últimas notas la que determinan la oponibilidad o no del negocio jurídico frente a él.<sup>403</sup> Pero entendemos que, aunque en derecho comparado hay autores que cuestionan la vigencia del principio de relatividad contractual, hablando precisamente de la oponibilidad del contrato frente a tercero por cuanto entienden que el deber de respeto o inviolabilidad del contrato, ya supone una carga obligatoria para él,<sup>404</sup> en realidad se están mezclando conceptos, ya que mientras la relatividad se

---

<sup>401</sup> Comentario de LARROUMET a la sentencia de la Cour de Cassation de 21 de julio de 1988. (J.C.P. 1988, II, 21125), p. 7

<sup>402</sup> MANRESA, “Comentarios al Código Civil español”, tomo VIII, vol. 2. Madrid 1967, p. 50.

<sup>403</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: La inoponibilidad.” Tirant lo Blanch, 1994, p. 204.

<sup>404</sup> BACACHE-GIBEILI, M. “Larelativité des conventions et les groupes de contrats”, thèse, Paris, LGDJ, 1996, p.85. GUELFUCCI-THIBIERGE, C. “De l’élargissement de la notion de partie au contrat ... à l’élargissement de la portée du principe de l’effet relatif”, Revista trimestral de Derecho civil, 1994, p. 276.

refiere a la esfera interna de una relación jurídica obligacional, la oponibilidad se proyecta hacia el exterior<sup>405</sup>. Es necesario por tanto, distinguir entre obligaciones nacidas del contrato y la oponibilidad del contrato mismo<sup>406</sup>.

Volviendo al tratamiento del concepto de parte y de tercero, siguiendo el tratamiento que de estas figuras se hace en la doctrina francesa, pueden establecerse diversos grados en virtud de que exista o no (*penitus extranei*), una relación jurídica entre el tercero y las partes. A partir de la delimitación difícil del concepto de parte y tercero, la doctrina distingue una categoría intermedia de personas como asimiladas al concepto de parte (el sucesor universal<sup>407</sup>), o de tercero. Pero al mismo tiempo, se propone desde algunos sectores doctrinales la extensión del concepto de parte al tercero, siendo en tal caso necesaria una relectura del principio de relatividad de acuerdo con criterios de funcionalidad bajo una causa común<sup>408</sup>.

Para comprender el papel que desempeñan los diferentes intervinientes en el proceso contractual, la doctrina francesa ha superado los criterios voluntaristas para centrarse en comprender e identificar cuantas personas se involucran en el círculo subjetivo de los contratantes.

En este proceso llama la atención que hay partes que adquieren dicho carácter con posterioridad a la celebración del contrato, bien por un acto de voluntad propia, bien por voluntad de la ley, y también, el hecho de que la ley puede ser fundamento del vínculo obligacional y por tanto la fuente de atribución del carácter de partes y de terceros.

---

<sup>405</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L.F. "Protección del tercero frente a la actuación....." op cit, p. 61 y 63.

<sup>406</sup> GOUTAL J.L, "Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat", Préface de Henri Batiffol, LGD, Paris, 1981, pp. 22 a 37.

<sup>407</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE, C. "De l'élargissement de la notion de partie au contrat ... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif", op, cit. P. 277. El sucesor particular es tercero respecto al conjunto de actos jurídicos celebrados por su antecesor. La cuestión que pone en tela de juicio su carácter de tercero, es el acto concerniente al bien o derecho que ha adquirido. Así por ejemplo la constitución de una garantía real sobre una cosa supone una limitación al dominio pleno, incluso la posibilidad de tener que soportar, eventualmente, frente al cumplimiento del deudor, la ejecución de la misma GHESTIN J. y GOUBEUX G., *Traité de droit civil*, 4<sup>é</sup> édition, L.G.D.J., 1994, pp.735 y ss.

<sup>408</sup> ALVAREZ MARTÍNEZ, G.I. "Los grupos de contratos en el crédito al consumo". Tesis doctoral. La Coruña 2008, pp. 350 y ss.

La admisión del ingreso sucesivo “ex post”, de un sujeto en un contrato anteriormente celebrado, permitiría que todos los miembros de un grupo de contratos fueran calificados como parte, pero sin embargo no se ofrecen soluciones de engarce de estos posicionamientos con el ordenamiento jurídico. Una cosa es entrar en la relación contractual ya constituida lo que sería una novación cumulativa y otra muy diferente la de celebrar “otro contrato” con una de las partes contractuales del contrato antecedente.

Quienes proponen la ampliación del concepto de parte, huyen de criterios voluntaristas para hacer recaer el fundamento del contrato en la ley, defendiéndose dos posiciones:

Una primera en la que, frente a quien entiende que es parte, todo sujeto sometido al efecto obligatorio del contrato, bien por efecto de su voluntad, bien por efecto de la ley y por tercero, “todas las personas no sometidas al efecto obligatorio del contrato por efecto de su voluntad o por efecto de la ley”, se defiende que cabe distinguir entre terceros no sometidos al efecto obligatorio del contrato (sucesores particulares de las partes) y terceros sometidos al efecto obligatorio (tercero beneficiario de una estipulación contractual)<sup>409</sup>. En este sentido se admiten dos subcategorías: la parte contratante en un mismo contrato, y la parte contratante en un mismo grupo de contratos. Los contratantes (los primeros) han manifestado su voluntad en la formación de un solo y mismo contrato, mientras que las simples partes contratantes (los segundos) han manifestado su voluntad en la formación de dos contratos distintos relacionados por una identidad de obligaciones.<sup>410</sup>

Los contratantes conforman una categoría fija, invariable y determinada de una vez en la formación del contrato, sin embargo, la de simple parte contratante de un mismo grupo de contratos es variable e indeterminada en la formación del acuerdo aunque suficientemente determinable en atención a la unidad causal. Asimismo los contratantes revisten esta calidad respecto del contrato celebrado sin excepción,

---

<sup>409</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE, C. “De l’élargissement de la notion de partie au contrat ... à l’élargissement de la portée du principe de l’effet relatif”, op, cit. pp. 281 y ss.

<sup>410</sup> BACACHE-GIBEILI, M., “La relativité des conventions et les groupes de contrats”, op, cit., pp 177 y ss.

invariablemente, por el contrario las simples partes, se benefician de ésta calidad sólo respecto de aquellas obligaciones contractuales idénticas, en tanto que para las demás son terceros. Estas dos subcategorías de partes no se benefician de las mismas prerrogativas para determinar la suerte del contrato. Sólo las primeras pueden ejercer, por ejemplo, la acción de anulabilidad<sup>411</sup>.

Una segunda tesis señala que para determinar el alcance del principio de relatividad contractual es preciso preguntarse por las personas, cuyas necesidades de previsión son aseguradas mediante el contrato de forma explícita, así como los patrimonios cuyo equilibrio garantiza el contrato. Con carácter general podemos afirmar que los primeros beneficiarios son quienes han concurrido a la formación del contrato.

Es la relativización del concepto de parte, la que permite el reconocimiento de acciones directas a quienes no han sido parte del contrato, sobre la base de la existencia de una causa común que conlleva una comunicación de efectos entre los diversos contratos conexos.<sup>412</sup>

A esta postura, se ha criticado también desde la doctrina, que la teoría de los grupos contractuales en el reconocimiento de acciones directas,<sup>413</sup> como mecanismo de corrección del principio de relatividad contractual, tiene un alcance incierto, carece de un régimen jurídico específico y deforma las nociones de causa y objeto.<sup>414</sup>

---

<sup>411</sup> BACACHE-GIBEILI, M., "La relativité des conventions et les groupes de contrats", op. cit., pp 177.

<sup>412</sup> RODRÍGUEZ MORATA, F.A. "La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra", Madrid. 1992, pp. 128 a 131. LÓPEZ FRIAS, A. : "Los contratos conexos", op cit, p.48.

<sup>413</sup> NICOLAU, N. L. " Los negocios jurídicos conexos", disponible en la World Wide web el día 8 de julio de 2010 a las 21:00 horas en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/viewFile/1008/930>. p. 10, 11.

"Este punto es imprescindible para entender las paradojas que produciría no hacer una revisión de la concepción clásica del principio de relatividad contractual, en aras de componer relaciones que están concebidas bajo el amparo de la conexidad contractual. Se trata de permitir al contratante extremo -tercero absoluto según esta concepción clásica, el asegurado- la posibilidad de amparar su pretensión a través de acciones provenientes del contrato mismo, es decir, dirigirse contractualmente contra el otro acreedor periférico, el médico, no valiéndose del estatuto de la responsabilidad aquiliana sobre este punto."

<sup>414</sup> GHESTIN, J.: "Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op cit, p. 814. TEYSSIE: "Les groupes de contrats"op cit, p. 39. BACACHE-GIBEILI, M., "La relativité des conventions et les groupes de contrats", op, cit., pp 177 y ss.



Los principales valedores de la teoría de los contratos coligados siempre han defendido su vigencia, argumentando que la creciente diversidad y complejidad de los esquemas económicos y negociales, hacían necesaria una correlativa producción normativa que siguiera el ritmo de las transformaciones económicas de la sociedad,<sup>415</sup> sin embargo la mayor parte de las acciones directas, aún cuando estén situadas en el seno de grupos contractuales, son creaciones tan antiguas que se hace difícil admitir que en el espíritu de sus creadores se encontrase la idea de transformar la concepción individualista del contrato vigente en aquella época.<sup>416</sup>

Además el mundo de lo jurídico no pudo reducirse a ser una ciencia de los hechos, a pesar de que fue la observación de los hechos, la que permitió en el ámbito de la responsabilidad, el reconocimiento de acciones directas a favor de la víctima, así como la que se otorga a favor de los sub-adquirientes de cosas, en el espíritu de satisfacer a los perjudicados que sufrían un perjuicio y sólo disponían de una acción subrogatoria para la defensa de sus intereses.<sup>417</sup>

Por lo que se refiere a las nociones de objeto y causa, la doctrina de los grupos de contratos distingue entre las cadenas y los conjuntos de contratos.<sup>418</sup>

Las cadenas de contratos están unidas por una unidad de objeto, ya que varios contratos se organizan por su vinculación con una misma cosa, alrededor de una misma prestación esencial, lo que ha permitido que hayan sido concluidos sucesivamente. En las cadenas de contratos se concibe el objeto como la cosa que a su vez hace de objeto de la prestación prometida. Esta concepción del objeto es admisible al menos, para las llamadas cadenas homogéneas, que establecen sucesiones de contratos que disponen de una naturaleza jurídica idéntica. Así acontece con las ventas sucesivas en las que la cosa vendida objeto de contrato va a ser siempre la misma.<sup>419</sup>

---

<sup>415</sup> VILLEY, M.: "Filosofía del Derecho" t. I, Definiciones y fines del Derecho, 4ª ed. 1986, p. 172.

<sup>416</sup> VILLEY, M.: "Filosofía del Derecho" t. I, Definiciones y fines del Derecho, 4ª ed. 1986, p. 172.

<sup>417</sup> GHESTIN, J.: "Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op cit, p. 814.

<sup>418</sup> TEYSSIE: "Les groupes de contrats" op cit, p. 39.

<sup>419</sup> TEYSSIE: "Les groupes de contrats" op cit, p. 95.

Por el contrario no será aplicable a las cadenas heterogéneas de contratos que encadenan contratos cuya naturaleza jurídica es distinta, salvo que se pretenda difuminar la idea del objeto. A modo de ejemplo, difícilmente se puede establecer un objeto común, a las prestaciones de un fabricante, un empresario, de un vendedor o un transportista, cuyos contratos se suceden salvo que se mantenga que la prestación esencial de cada uno de ellos consiste en la entrega de una cosa al dueño de la obra. Pero este denominador común tan forzado, no da cuenta del contenido y de la especificidad de cada una de las prestaciones efectuadas.<sup>420</sup>

Los conjuntos de contratos por su parte, están integrados por varios negocios que al perseguir un objetivo común disponen de una identidad, al menos, parcial de causa. Los conjuntos de contratos descansan sobre una concepción particularmente extensa de causa.<sup>421</sup> Que comprende una noción psicológica que recubre los objetivos inmediatos y mediatos que determinan los contratantes. Pero es el acuerdo de voluntades el que determina el campo contractual y tal acuerdo falta entre aquellas personas que, aun a pesar de participar en una operación económica común, no han contratado entre ellas. Por lo tanto, la determinación del objetivo perseguido y conocido por cada una de las partes, descansa sobre una pretensión que solo cabe deducir de la existencia de una operación global de la que ellas participan y no de la expresión de sus voluntades. El sólo hecho de una participación conjunta no es criterio suficiente para poder determinar la extensión de la voluntad de los miembros del conjunto contractual, puesto que con ello únicamente se está estableciendo una ficción. De otro modo, se puede afirmar que así como el promotor del conjunto sí que está determinado, por su realización, ninguna certeza existe en relación con la multitud de intervinientes en el seno del grupo, que generalmente sólo están determinados por la propia ejecución de su prestación.<sup>422</sup>

A veces comparada con la causa, la noción de indivisibilidad también se invoca para caracterizar la existencia de los grupos de contratos.<sup>423</sup> Se podría pensar que una

---

<sup>420</sup> GHESTIN, J.: "Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op cit, p. 816.

<sup>421</sup> TEYSSIE: "Les groupes de contrats" op cit, pp.65 y ss.

<sup>422</sup> GHESTIN, J.: "Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op cit, p. 816.

<sup>423</sup> TEYSSIE: "Les groupes de contrats" op cit, p. 164.

indivisibilidad objetiva que resultase de la implicación natural de los contratos, sin embargo es difícil presumir tal indivisibilidad en la medida en que los distintos contratos están integrados en el seno de los grupos, existen por sí mismo sin que tengan necesidad del soporte jurídico de los otros. La autonomía de cada negocio debe prevalecer como regla general.

Se puede volver hacia una indivisibilidad subjetiva, que en todo caso sería muy difícil de probar, puesto que sería un hecho excepcional que las partes de los diversos contratos que forman el grupo, expresasen de forma implícita su voluntad de volverlos inseparables.<sup>424</sup>

La teoría de los grupos de contratos, se apoya en una crítica a la percepción individualista del efecto relativo, que permite ampliar sus límites más allá de las partes alcanzando a todas las personas que son miembros del grupo. En este sentido, el desarrollo de las acciones directas de pago y de garantía pondría en evidencia la existencia de vínculos contractuales entre las partes de un mismo grupo, de ese modo se evitaría que aquellas, en sus relaciones recíprocas, fuesen consideradas como terceros, con lo cual quedaría salvado el obstáculo constituido por el principio de relatividad en el seno de los grupos de contratos.<sup>425</sup> De este modo se pretende salvar el principio de efecto relativo, pero para ello hay que proceder a la extensión del concepto de parte contractual a una persona que no ha concluido todos los contratos y que no tiene el poder de modificarlos, ni de ponerles fin por un procedimiento contractual.<sup>426</sup>

La relatividad contractual distingue, entre eficacia directa e indirecta del contrato.<sup>427</sup> La eficacia directa hace mención al conjunto de derechos, deberes y obligaciones que surgen como consecuencia del mismo, y afectan exclusivamente a las partes. La extensión de la eficacia directa del negocio jurídico a tercero es excepcional, y sólo la

---

<sup>424</sup> MOURY: "D'invisibilité entre les obligations et entre les contrats". Revista trimestral de Derecho Civil 1994, pp 255 y ss.

<sup>425</sup> TEYSSIE: "Les groupes de contrats" op cit, pp. 54 y ss.

<sup>426</sup> TEYSSIE: "Les groupes de contrats" op cit, p. 292.

<sup>427</sup> DIEZ PICAZO, L: "Fundamentos de Derechos civil y patrimonial." Volumen I, op. cit, p.434 y ss.

ley<sup>428</sup> puede hacer extensivos los efectos del contrato a personas que no intervinieron, ni consintieron el mismo<sup>429</sup>.

El efecto relativo de los contratos es consecuencia de la autonomía de la voluntad en la conformación de negocios jurídicos obligatorios entre quienes los suscriben, no pudiendo crear obligaciones para terceros ajenos a esa voluntad negocial<sup>430</sup>, al tercero le son inoponibles actos o situaciones ajenas<sup>431</sup>. “Los individuos no se obligan más que porque quieren y frente a quienes quieren”<sup>432</sup>

La eficacia indirecta o refleja de los contratos se refiere precisamente a las repercusiones del contrato fuera de la órbita negocial, es decir en relación a terceros pero sin generar derechos a su favor.<sup>433</sup> Nos referimos a la influencia del negocio o acto jurídico sobre los legítimos intereses de terceros que en lo sucesivo deberán contar con él.<sup>434</sup>

Si hablamos del efecto directo en cuanto a la creación del vínculo entre los contratantes, este se refiere al establecimiento de una situación contractual, en la que las partes, ocupan una posición integrada por un número de deberes, facultades y cargas que puede darse sólo entre ellas y quienes las sustituyan. El hecho de que la Ley reconozca legitimación activa a un tercero para impugnar un contrato nulo, no implica en modo alguno que el tercero adquiera condición de parte, porque lo que justifica la legitimación de un sujeto en relación con la nulidad radical de los negocios jurídicos es precisamente su afección al orden público y al interés general.

---

<sup>428</sup> Nos referimos a supuestos tales como el recogido en el artículo 480 CC, que obliga al propietario al fin del usufructo a respetar el contrato de arrendamiento de fincas rústicas concertado por el usufructuario, hasta la finalización del año agrícola, también el recogido en el artículo 1385 CC, en virtud del cual el cónyuge no arrendatario tiene la facultad de ejercitar subsidiariamente los derechos arrendaticios por prevalecer el carácter ganancial del derecho arrendaticio.

<sup>429</sup> DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN A., “Sistema de Derecho Civil”, Vol. II, op cit, p. 87.

<sup>430</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE, C. “De l’élargissement de la notion de partie au contrat ... à l’élargissement de la portée du principe de l’effet relatif”, Revista trimestral de Derecho civil, 1994, p. 275.

<sup>431</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L.F. “Protección del tercero frente a la actuación....” op cit, p. 168.

<sup>432</sup> GABET SABATIER, C. “El rol de la conexidad en la evolución del derecho de las obligaciones”, Revista trimestral de Derecho Civil, 1980, p. 56.

<sup>433</sup> RODRIGUEZ GONZÁLEZ, J.I.: “El principio de relatividad de los contratos en el derecho español.” Colex, Editorial Constitución y las leyes. Madrid, 2000, p.p. 148 y 151.

<sup>434</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Protección del tercero frente a la actuación....” ob cit., p.193.

Si hablamos de efecto directo referido a la ejecución, el concepto de parte se reduciría al acreedor o deudor que están legitimados para exigir la prestación.<sup>435</sup> Entre ambos tipos de eficacia, la doctrina sitúa el artículo 1257 CC dentro del primero, entendiéndose que el efecto directo supone la proyección del contrato sobre las situaciones y relaciones objetivamente contempladas en el mismo.<sup>436</sup>

La teoría de los grupos de contratos, al descansar sobre la noción objetiva de la condición de parte, se sustenta en la función económico social que informa el conjunto y entra en contradicción con el principio voluntarista que informa nuestro sistema contractual. Esta circunstancia es una fuente de incertidumbre que debilita el fundamento jurídico del concepto doctrinal de grupo. No hay extensión alguna del concepto de parte, sino alteración subjetiva convencional, en caso de cesión del contrato o de una de sus partes o de la asunción de deuda por tercero, en los que en algunos casos la alteración subjetiva se impondrá a la parte que permanece en la relación y en otros requerirá para su perfección nueva emisión de consentimiento<sup>437</sup>.

#### ***4.3.- La tesis de los grupos contractuales como excepción al principio de relatividad contractual.***

Descartada la posibilidad de ampliar el concepto de parte a quien no ha concurrido con su voluntad a la perfección del contrato, hay autores que defienden que no se trata tanto de relativizar el concepto de parte o tercero, que atenta abiertamente contra el principio de relatividad contractual, sino que se trata de reconocer que no es un principio absoluto y que admite excepciones.<sup>438</sup>

---

<sup>435</sup> No obstante lo expuesto, hay situaciones en las que la Ley permite la intervención de terceros y cualquiera de ellos puede realizar el pago siempre que satisfaga el interés del acreedor (artículos 1158 y 1159 CC), incluso hay supuestos en los que es válido y liberatorio para el deudor el cumplimiento frente a un tercero. (artículos 1163,2 y 1164 CC).

<sup>436</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. en "Comentario al artículo 1257 CC", en Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, dir. ALBADALEJO M., Y DIAZ ALABART, S., t. XVII, vol. 1 A, Edersa, Madrid, 1993, p. 328.

<sup>437</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L.F. "Protección del tercero frente a la actuación....." ob cit, p. 60.

<sup>438</sup> Se permiten a una persona que no fue parte en un contrato, reclamar de una de las partes del contrato con base en el crédito nacido a favor de la otra.

La doctrina no se pone de acuerdo a la hora de describir las excepciones al principio de relatividad,<sup>439</sup> circunstancia que se agrava, si entendemos que precisamente este principio lo que hace es excluir al tercero de los efectos del contrato.<sup>440</sup>

Con el objetivo de favorecer a las víctimas de los daños resultantes del incumplimiento contractual la jurisprudencia francesa, en aplicación de la teoría de la unidad de culpa civil, faculta a los terceros perjudicados por la inejecución de una obligación contractual, para invocar el incumplimiento del deudor estableciendo una ficción de que se está ante una obligación contractual cuando realmente se está ante un incumplimiento extracontractual.<sup>441</sup>

En nuestra doctrina hay autores que consideran directamente la aplicación de esta doctrina “una falacia, porque no es la misma situación en la que se encuentra, quien ha comprometido su actividad o el resultado de ella frente a otro y que como consecuencia de ese compromiso, se encuentra en una situación que le coloca notoriamente ante un tipo de deberes, frente a quien causa daños a otro sin previa

---

<sup>439</sup> En alguna ocasión la doctrina se ha referido a la acción Pauliana como ejemplo de excepción al principio de relatividad al suponer que el hecho de determina su ejercicio, (en el supuesto por ejemplo del fraude de acreedores, que les habilita para interesar la rescisión del contrato), es una violación del principio de relatividad contractual. PASQUAU LIAÑO, M.: “La acción directa en el derecho español.” Madrid. 1989, p. 121. También se planteó en su momento como excepción concepción clásica de acción directa “ex lege” aunque la teoría de la naturaleza exclusivamente legal de la acción directa, ya hace tiempo que ha quedado superada por la doctrina, debido a la existencia de numerosas acciones de origen jurisprudencial, creadas al margen de la existencia de un texto legal previo. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. en “Comentario al artículo 1257 CC, p. 364. Trata sobre la existencia de una excepción al principio de relatividad en los llamados grupos de contratos.

<sup>440</sup> DIEZ PICAZO, L: “Fundamentos de Derechos civil y patrimonial.” Volumen I, p.434. El asegurado es un tercero respecto al contrato que suscriben compañía y facultativo y éste es tercero, respecto a la póliza que suscriben y el asegurado es un tercero respecto a la póliza que firman compañía y asegurado. DIEZ-PICAZO, L, “La eficacia e ineficacia del negocio jurídico” *Anuario de Derecho Civil*», XIV, 1961 pp. 817 y ss. DIEZ-PICAZO, L., “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial” I. Introducción. Teoría del contrato, 6 ed., Civitas 2007, pp 519 y ss. Todo contrato y la póliza de seguro sanitario no es una excepción, no sólo se configura como un acto jurídico, sino como un hecho social que en cuanto a tal, es oponible a terceros, por lo que respecta a su obligación de respetar la situación jurídica creada, con sus derechos y obligaciones respectivas, lo que obliga a los terceros que la conocen a no celebrar con alguna de las partes, ni con otro tercero, otro contrato incompatible con el anterior, a fin de no impedir su cumplimiento o frustrar el interés del otro contratante.

<sup>441</sup> CAVANILLAS MUGICA, S. – TAPIA FERNÁNDEZ, I.: “La concurrencia de la responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal”. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1992, p 29.

relación jurídica. El contrato además de ser una reglamentación de intereses que las partes efectúan, puede contener no solo reglas sobre la diligencia a prestar (1104 CC) sino lo que es más importante, especial distribución de los riesgos y especiales definiciones de la responsabilidad. Por ello, se puede decir que quien después de adoptar y aceptar este tipo de compromisos y las formas de distribuir el riesgo y la responsabilidad, acude para fundar su demanda a las reglas de responsabilidad extracontractual, está haciendo trampas en el juego, que deben determinar la inadecuación de dicha demanda.”<sup>442</sup>

En responsabilidad contractual, la existencia de prestaciones recíprocas, al contrario de lo que sucede en materia extracontractual, típicamente unilateral, permite adjudicar de muy diversas maneras los riesgos, tanto por parte del legislador, como de los propios contratantes, sin que la equivalencia o el equilibrio de las prestaciones se altere, es decir, sin producir injusticia.<sup>443</sup> Un sector de la doctrina española se ha levantado contra la aplicación relajada del artículo 1107 CC, defendiendo en sentido contrario, que el tono restrictivo de dicho precepto obedece a lo que el derecho considera una adecuada distribución de los riesgos del incumplimiento, a la luz del principio de la autonomía de la voluntad. La decisión de celebrar un contrato descansa en un cálculo de costes a tener en cuenta el relativo al riesgo a que se produzcan una serie de daños a consecuencia de un eventual incumplimiento. No tendría buen sentido que el contratante que resulta incumplidor debiera responder de aquellos resultados dañosos que, ni contempló como posibles al tiempo de contratar, ni una persona razonable, al tiempo de contratar, y contando en su caso con los especiales conocimientos de aquel, habría previsto que podrían producirse a consecuencia del incumplimiento.<sup>444</sup>

De hecho, la utilización que nuestros juzgados y tribunales hacen de la teoría de la absorción o de la incompatibilidad no reporta a la víctima un resarcimiento tan amplio como el que obtendría de utilizar normas extracontractuales. “Siendo ésta la aplicación

---

<sup>442</sup> DIEZ PICAZO, L.: “Derecho de daños”. Civitas. Madrid. 1999. p. 264.

<sup>443</sup> CAVANILLAS MUGICA: “La concurrencia de responsabilidad ... op cit, pp. 37 y 38.

<sup>444</sup> PANTALEÓN PRIETO, F.: “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, ADC, pp 1019 y ss.

del abuso del artículo 1902 CC para reclamaciones derivadas de incumplimientos contractuales al socaire de un mal entendido carácter general”.<sup>445</sup> La voluntad de favorecer la indemnización de las víctimas por la vía de la unificación de culpas, presenta graves inconvenientes, en primer lugar, transtorna las previsiones contractuales del deudor incumplidor y atenta contra los principios de oponibilidad y relatividad.

Permitir a un tercero reclamar una reparación contractual por un daño que sufre, es permitirle exigir la ejecución indirecta de la obligación contractual creada en beneficio exclusivo del acreedor contratante. La asimilación de la culpa contractual con la extracontractual supone consagrar como excepcional el principio de relatividad, lo que no es admisible.<sup>446</sup>

En sentido contrario, el total rechazo de la unidad de culpa conduciría a privar a la culpa extracontractual de toda acción de reparación contra el deudor incumplidor. La exclusión de la culpa extracontractual es más respetuosa con el principio de oponibilidad y de los intereses del deudor incumplidor, pero presenta el inconveniente de que choca contra el objetivo de protección de las víctimas de los daños contractuales. La existencia de vacío jurídico que supone la falta de toda acción de reparación requiere la construcción de una nueva noción jurídica capaz de ofrecer a las víctimas una acción de reparación dentro del respeto de los intereses de previsión del deudor incumplidor.<sup>447</sup> Todos estos aspectos no están definidos y la regulación actual es de todo punto insuficiente para poder asumir una excepción al principio de relatividad contractual al amparo de la teoría de contratos conexos. Su elaboración exige identificar qué terceros son susceptibles de sufrir un daño contractual consecuencia del incumplimiento del deudor y esa es una labor que corresponde al legislador.

---

<sup>445</sup> YZQUIERO TOLSADA, M. : “Sistema de responsabilidad, op cit p. 102.

<sup>446</sup> LACRUZ BERDEJO, J.: Elementos de derecho civil.. op cit p 320, PUIG BRUTAU, J: “Fundamentos de derecho civil II, vol 2º, Barcelona, p 246, LASARTE ALVAREZ, C.: “Principios de Derecho Civil, t I, 5ª ed, Madrid, p. 126.

<sup>447</sup> CAVANILLAS MUGICA: “La concurrencia de responsabilidad ... op cit, p. 40 y 41.



Las acciones directas recogidas en nuestro ordenamiento son acciones “ex lege”, y constituyen excepciones al principio de relatividad pero por disposición legal. Es el caso de las recogidas en el artículo 76 LCS<sup>448</sup> o la del artículo 1597 CC del subcontratista contra el dueño de la obra.

Esta acción directa no es otra cosa que la acción que tiene el acreedor para reclamar a deudor de su deudor la satisfacción de su crédito.<sup>449</sup> El fundamento de esta acción se encuentra en haber contribuido el subcontratista con mano de obra y materiales a la obra del “dominus”. Por razones de equidad y con la finalidad de evitar enriquecimientos injustos, basándose en el aforismo “el deudor de mi deudor es también mi deudor”, se crea una suerte de crédito refaccionario, cuya responsabilidad puede alcanzar bien a los contratistas anteriores, bien hasta al propio dueño de la obra.<sup>450</sup>

Nuestra jurisprudencia reconoce que el precepto debe interpretarse de forma extensiva para evitar situaciones de enriquecimiento injusto.<sup>451</sup> De hecho se dice que esta acción constituye el último eslabón de la cadena formado por quienes al fin y a la postre, poniendo su trabajo o sus materiales, son los verdaderos artífices de la obra y no ven satisfechos sus créditos por aquél que directamente les hubiera contratado. Por lo que la necesidad de interpretar las normas conforme a la realidad social actual, a tenor de lo establecido en el artículo 3.1 CC, implica incluir a los subcontratistas entre los titulares de la acción directa; estando legitimado activamente para ejercitar la acción todo el que pone su trabajo; sin distinción de clase, de concepto, o de calidad. Gramaticalmente incluye a quienes trabajen directamente o como empresarios

---

<sup>448</sup> Que analizaremos más adelante al tratar el seguro de responsabilidad civil como factor de imputación de responsabilidad al médico o facultativo.

<sup>449</sup> SSTs de 7 de octubre de 2008 (RJ 4865/2008), 26 de septiembre de 2008 (RJ 5027/2008), 31 de enero de 2005 (RJ 435/2005), 6 de junio de 2000 (RJ 4619/2000) y 2 de julio de 1997 (RJ 4694/1997) entre otras.

<sup>450</sup> SSTs de 7 de octubre de 2008 (RJ 4865/2008), 10 de marzo de 2005 (RJ 1513/2005) y 31 de enero de 2002 (RJ 578/2002) entre otras.

<sup>451</sup> SSTs de 6 de junio de 2000 (RJ 4619/2000), 22 de diciembre de 1999 (RJ 8368/1999).

autónomos; sin importar que lo realicen manualmente o de otra forma; ni cuál sea la modalidad de su retribución.<sup>452</sup>

Se genera así una responsabilidad del comitente frente al subcontratista, que si se ejercita conjuntamente con la acción de incumplimiento contractual contra el contratista (artículo 1101 CC), generará una responsabilidad solidaria del contratista y del dueño de la obra frente al demandante.

Sin duda supone una excepción al principio general de relatividad de los contratos.<sup>453</sup>

Por mandato del artículo 1597 CC, el contrato de arrendamiento de obra no sólo genera obligaciones y derechos entre los contratantes, sino que puede vincular al dueño de la obra con los terceros subcontratados que intervienen a instancia del contratista.<sup>454</sup>

Las obligaciones que derivan de la póliza y del convenio suscrito entre compañía y médico tienen una naturaleza diversa, distintas son las partes que los suscriben y no hay previsión legal alguna que reconozca acciones directas del damnificado contra el médico o facultativo dentro del complejo conexo de relaciones jurídicas que indudablemente existe. Pero del mismo, no cabe deducir la existencia de acciones directas si no hay previsión legal.

Hay autores que consideran que son los tribunales los que en atención a la relación circunstanciada de hechos<sup>455</sup> y el petitum contenido en la demanda, han de reconocer

---

<sup>452</sup> SSTs 7 de octubre de 2008 (RJ 4865/2008), 8 de mayo de 2008 (RJ 1710/2008), 12 de diciembre de 2007 (RJ 8270/2007).

<sup>453</sup> SAP de Madrid de 17 de abril de 2013, (JUR 2013, 192036).

<sup>454</sup> SSTs de 8 de mayo de 2008 (RJ 1710/2008), 12 de diciembre de 2007 (RJ 8270/2007) y 31 de enero de 2005 (RJ 435/2005).

<sup>455</sup> STS de 6 de junio de 2014 (RJ 2014, 4632). "La causa petendi no se encuentra integrada exclusivamente por hechos en abstracto al margen de su consideración jurídica, sino que por "causa de pedir debía entenderse el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión, los hechos constitutivos con relevancia jurídica que constituyen condiciones específicas de la acción ejercitada, o bien los hechos jurídicamente relevantes que sirven de fundamento a la petición y que delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal. La causa de pedir tiene un componente jurídico que la conforma y sirve de límite a la facultad del juez de aplicar a los hechos el derecho que considere más procedente, esto es, limita el jura novit curia. Este límite tiene fiel reflejo en el artículo 218 LEC, al disponer que el tribunal ha de resolver conforme a las normas aplicables al caso pero sin acudir a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer."

a la parte damnificada acción directa con base “en la aplicación analógica de los preceptos en que se recoge esta figura.”<sup>456</sup> Esta postura nos parece muy forzada toda vez que la aplicación analógica requeriría en atención a la nota de identidad de razón que la ley exige, que el contrato que genere la acción y el contrato en el que el sujeto no participe, produzca obligaciones de la misma naturaleza o de un contenido muy próximo y ello porque las acciones directas se sustentan en la correspondencia entre las obligaciones incumplidas y además exigirá una razón de política jurídica que la justifique.

Lo que sí reconoce la doctrina de la coligación contractual es un vínculo de responsabilidad solidaria entre los diversos empresarios intervinientes en el complejo contractual, alejándose de este modo del mecanismo de responsabilidad subsidiaria, casi generalizado en los sistemas de vinculación legal.<sup>457</sup> Ello supone hacer extensiva una solución, como es el recurso a la solidaridad impropia que ya es aplicada con carácter general a cuantos supuestos de responsabilidad civil extracontractual provienen de actos u omisiones con pluralidad de responsables. No es raro ver en nuestra jurisprudencia resoluciones donde se condena de forma solidaria, (solidaridad impropia), a la compañía y al facultativo contra quienes se ha dirigido el paciente damnificado.<sup>458</sup>

### ***5.- El fenómeno delegatorio como solución al marco jurídico del seguro de asistencia sanitaria.***

Recientemente, se ha defendido que el marco jurídico que representa el seguro de asistencia sanitaria y las relaciones que comporta, encajan en la figura de la delegación.<sup>459</sup>

---

<sup>456</sup> LOPEZ FRIAS, A. op cit. p.306.

<sup>457</sup> HILL-SMITH, A.G.L. “Consumer credit Law and practice”. Sweet& Maxwell. 1985. p 147.

<sup>458</sup> Más adelante entraremos en profundidad en el estudio de la solidaridad impropia en el ámbito jurídico sanitario privado.

<sup>459</sup> MARTÍN BERNAL, J.M.: “La estipulación a favor de tercero”. Montecorvo, 1985, p. 280, LACRUZ BERDEJO, “Elementos de derecho civil II”, tomo 1, op cit p. 463. “.. por delegación se entiende hoy aquella combinación de obligaciones, prestaciones y causas en las que intervienen tres partes: en el esquema más usual, una (delegante) da orden a otra (delegado)

La teoría defiende<sup>460</sup>, que en la delegación, que es solvendi, el médico no asume ninguna obligación ante el asegurado beneficiario, sino que se limita a realizar una prestación a favor del mismo.

Presupone la existencia de dos relaciones: la de cobertura (profesional con la compañía), que tiene que ser civil, porque si es laboral, la relación triangular se convierte en un contrato entre la compañía que ofrece los servicios y el receptor de los mismos, que ejecuta a través de auxiliares, y una relación de valuta entre el particular y la compañía que es un contrato de servicios.

La excepción parte de un error de concepto, que es el mismo en el que incurre la teoría contractual del auxiliar. La actividad de la compañía, es distinta de la del facultativo y no es equiparable al acto médico que constituye un hecho ajeno a la compañía.

Sostiene la teoría que el paciente, acreedor de una prestación de servicios contra la compañía, recibe el pago de un tercero (el médico), que no está vinculado con el paciente contractualmente lo que produce efectos extintivos de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1163.2 CC. Al respecto se defiende que el pago por un sujeto que no es deudor es legítimo al amparo del artículo 1158 CC, al suponerse que el médico es tercero con interés en el pago. Por lo que respecta a la relación del profesional con el paciente, se afirma que no hay relación contractual entre ellos, pero que ambos entran en contacto en el momento en que el médico realiza la prestación, lo que supone la extinción de dos deudas simultáneas, la del médico frente a la compañía y la de la compañía frente al paciente.

---

de (o le autoriza para) prestar o prometer algo, por su cuenta y en nombre propio, a un tercero, conocedor del trasfondo de la operación (delegatario). Se contemplan entonces tres relaciones: una entre el delegante que ordena e invita y el delegado, destinatario de la orden e invitación (relación de cobertura); otra entre delegante y delegatario que recibirá la prestación y promesa ordenada por aquél (relación de valuta); otra finalmente, entre el delegado que presta o promete y el delegatario que recibe.”

<sup>460</sup> ALONSO PÉREZ M<sup>a</sup> T. y ALMAGRO MARTÍN, C. “El arrendamiento de servicios” en Dir. YZQUIERDO TOLSADA, M. Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IV, Contratos de Prestación de servicios y realización de obras (I) Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona. 2014, pp. 92 a 97.

“Lo relevante de la relación material que se entabla entre estos dos sujetos es que: ni el delegado-profesional cumple para el que recibe materialmente la prestación (particular- delegatario), ni éste recibe el pago de quien efectivamente se lo proporciona. El primero (el profesional), cumple para su contraparte, que es el delegante (la entidad); y el segundo (el particular), recibe el pago de éste último que es, a su vez, la contraparte.

Esto es importante dejarlo sentado porque es la base de que el delegatario (particular) no pueda pretender del delegado (profesional), la satisfacción de la deuda que frente a él tiene contraída, un sujeto distinto. Es decir, si yo contrato con una entidad para que realice una auditoría de mi empresa, no puedo pretender del abogado o economista que trabaja para la misma que efectúe la prestación: deberé reclamarlo a mi contraparte que es la sociedad.

El particular deberá dirigir contra la contraparte cualquier reclamación por incumplimiento, es decir, debe reclamarlo a la clínica y no al profesional delegatario”<sup>461</sup>

La teoría expuesta no deja de confundir las obligaciones de compañía y la del sanitario para con el paciente asegurado, que son distintas. No es la misma deuda la de una y otro, y la responsabilidad exigible por incumplimiento también supone la aplicación de criterios diversos. Además aborda una solución parcial del problema al dejar fuera a los supuestos en que el personal sanitario pertenezca a cuadros médicos propios de la compañía, con vinculación laboral.

---

<sup>461</sup> ALONSO PÉREZ M<sup>a</sup> T. y ALMAGRO MARTÍN, C. “El arrendamiento de servicios” en Dir. YZQUIERDO TOLSADA, M. Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IV, Contratos de Prestación de servicios y realización de obras (I) Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona. 2014, p. 95.

## ***CAPÍTULO V***

### ***EL CONTRATO EN BENEFICIO DE TERCERO COMO BASE PARA LA ORDENACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA COMPAÑÍA POR DAÑO MÉDICO. EL CONTRATO EN BENEFICIO DE TERCERO***

#### ***1.- Justificación.***

El fenómeno de la conexidad contractual sin duda sirve para explicar el mecanismo del que se sirve la compañía sanitaria para suministrar asistencia al asegurado. Un esquema jurídico complejo en el que intervienen una variedad de sujetos con vinculaciones distintas en la realización del fin descrito. El sistema de organización y mantenimiento de éste servicio se sustenta en un esquema de financiación indirecta, en virtud del cual no es el propio asegurado el que paga por servicio recibido, sino que es la compañía la que sufraga y mantiene el sistema con la aportación no sólo del asegurado perceptor de la asistencia concreta, sino del resto de asegurados, clientes de la compañía, que con sus pólizas conforman un entramado contractual que soporta el negocio, muchas veces no en exclusiva, por cuanto la compañía puede aportar recursos propios en atención a sus necesidades estratégicas o comerciales.

Se da la circunstancia de que la compañía tiene limitada legalmente su actividad a la estrictamente asegurativa, esto es, organizativa y de suministro de forma que no puede prestar directamente asistencia sanitaria, que por otro lado oferta a sus clientes. Para cumplir con su compromiso, la compañía precisa del concierto con facultativos o centros integrados por profesionales de la medicina o enfermería que sí pueden prestarla pero que no firman contrato alguno con los asegurados, sino sólo con la entidad aseguradora.

El problema es que la regulación existente en materia de contratos conexos, llega hasta ahí y no puede explicar esquemas de negocio que mezclan relaciones jurídicas con naturaleza distinta, es decir contractual y extracontractual, de forma que una eventual responsabilidad por daño médico debe ser analizada al margen y fuera de las soluciones que aporta la coligación contractual a no ser que podamos explicar la

relación obligacional que existe entre paciente y facultativo en términos contractuales, lo que no hemos conseguido hasta el momento.

Por otro lado, la solución que aporta el artículo 148 TRLCU limita la responsabilidad de la compañía frente al asegurado a aspectos organizativos y de suministro, dejando fuera de la póliza la responsabilidad de la compañía por acto médico en sentido estricto que no será contractual al conceptuarse como hecho ajeno a la compañía.

En puridad, el recurso que concede nuestro ordenamiento al asegurado afectado por daño médico contra la aseguradora que le ofertó y con la que contrató asistencia sanitaria, es deducir contra ésta acción de responsabilidad extracontractual por hecho ajeno con base en el artículo 1903.4 CC. Acción que prosperará siempre que el demandante contextualice el acto médico lesivo en la órbita de la póliza suscrita, lo que conseguirá mediante la prueba de relación de dependencia entre el facultativo y la compañía.

No obstante el escenario descrito, nuestros jueces y tribunales tratan de evitar que un resultado lesivo producido por un acto u omisión médica quede sin indemnización. La razón no es otra que minorar la repercusión que tales casos producen en sociedad, en aras a garantizar la seguridad del consumidor o al menos su percepción en el tráfico jurídico y en especial en el consumo de determinados servicios calificados como sensibles. En ese esfuerzo, sus fallos presentan una realidad menos discernible, sobre todo, en casos como los que nos ocupan, llamados “fronterizos”, en los que no hay una responsabilidad clara de los distintos sujetos que intervienen el proceso prestacional (no olvidemos que la póliza la suscribe con la compañía pero el daño se lo inflige el facultativo con su acción u omisión). No es relevante, al parecer, que la fundamentación de las demandas de responsabilidad civil por daño médico se asienten en el campo contractual o en el aquiliano, o en los dos a la vez, o en ninguno de los dos, (y que sea el juez el que provea), y sus fundamentaciones se apoyan a pesar de hablarse de responsabilidad extracontractual, también en responsabilidad contractual de la compañía con base en el TRLCU, obviando el estrecho margen de responsabilidad que propugna su artículo 148 y convirtiendo su postulado en un argumento versátil, que si bien prácticamente no sustenta en exclusiva fallos condenatorios por acto

médico, si se utiliza a mayor abundamiento, determinada la responsabilidad del facultativo, para coadyuvar en la determinación de la responsabilidad de la aseguradora con base a su responsabilidad objetiva contractual de suministrar servicios seguros y eficaces en condiciones de objetiva determinación. Y ello en relación al artículo 1903.4 CC, que propugna una responsabilidad de corte extracontractual y subjetiva,<sup>462</sup> y todo en el mismo fallo, con lo que el acto lesivo hace a la compañía responsable contractual y extracontractual al mismo tiempo y por los mismos hechos. Ya hemos defendido que esta situación no hace más que introducir inseguridad en el sistema, que se ve reforzada por la circunstancia de que nuestros jueces y tribunales ante casos parecidos han fallado de forma distinta y contradictoria.

Nosotros abogamos por una vía alternativa que pasa por dar lectura contractual a la relación existente entre el facultativo y el asegurado. Relación contractual que ha de ser contemplada dentro del complejo jurídico que suponen los seguros de asistencia sanitaria, con relaciones diversas entre diversos sujetos, todas contractuales, presididas por una causa común<sup>463</sup>, que las pone en relación y que da una visión homogénea al esquema negocial y jurídico que supone la prestación sanitaria en el marco de los seguros asistenciales.

De esta forma, daríamos una solución de conjunto y coherente al sistema, porque no se explica el servicio que contrata el asegurado y al que se compromete la aseguradora, sin el sistema de provisión de asistencia concertado por la compañía con facultativos o centros en su beneficio. El contrato que suscribe el consumidor, en ausencia de una acción directa reconocida por ley contra la compañía por acto médico, debe garantizar “in integrum” la reparación de las consecuencias de un servicio deficiente, bien sea por problemas de organización y provisión, o en concreto por daño por acto médico. El problema es cómo salvar la circunstancia de que el acto médico

---

<sup>462</sup> STS 14 de mayo de 2010 RJ 2010/3934 y 6 de febrero de 2009 RJ 2009/1369 que señalan que la responsabilidad del 1903 no tiene un carácter objetivo sino basada en un principio culpabilístico inherente al vicio in eligendo o in vigilando respecto de las personas de las que se tiene que responder.

<sup>463</sup> LÓPEZ FRÍAS A., “Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal”, Bosch, Barcelona, 1.994, pág 282.



singularmente considerado constituye un hecho ajeno a la actividad de la compañía y que hace difícil dar una lectura que no sea extracontractual al tema.

En un primer estadio, y antes de abordar éste aspecto, pasa la tesis por dar lectura contractual a la relación que vincula al profesional con el asegurado. Para ello, es necesario que conceptuemos la relación jurídica que vincula al facultativo con la compañía como un contrato en beneficio de tercero.

El contrato en beneficio de tercero es un contrato celebrado entre dos o más partes, que reciben el nombre de estipulante y promitente, mediante el que hacen nacer un derecho a favor de un tercero ajeno a él, llamado beneficiario.<sup>464</sup> La compañía (estipulante), concierta con el médico o facultativo (promitente) un contrato, en virtud del cual se comprometen a prestar asistencia sanitaria a los clientes de la compañía, beneficiarios de las pólizas sanitarias (beneficiario).

La figura, ampliamente reconocida en los países de nuestro entorno,<sup>465</sup> viene recogida en el artículo 1257.2 del CC que reza: “Si el contrato contuviere alguna estipulación a

---

464 SCOGNAMIGLIO, R: “Contratti in generale” Terza ediciones, Casa Editrice DR. Francesco Vallardi. Milano, 1980, p 207. LÓPEZ SANTAMARÍA, J: “Los contratos, parte general” Editorial jurídica de Chile, 1986, p. 242.

<sup>465</sup> El contrato en beneficio de tercero viene recogido en el artículo 1121 del Code français que establece que se puede estipular a favor de tercero cuando sea condición de una estipulación que se hace para sí. Comprende aquellos supuestos en los que la prestación que se pacta para otro es una prestación accesoria del contrato por el que el promitente se obliga con el estipulante. El artículo 328 del BGB alemán es claro al señalar que a través de un contrato se puede establecer una prestación a favor de tercero, con el efecto de que éste adquiera directamente el derecho a exigir su cumplimiento. En defecto de disposición expresa, se debe deducir de las circunstancias y en especial del fin del contrato, si el tercero adquiere tal derecho. La doctrina italiana con base en el artículo 1411 define este contrato como el realizado válidamente entre dos personas, que pretende atribuir un derecho a una tercera que no ha tenido parte alguna, ni directa, ni indirectamente, en su tramitación y perfección, y que, no obstante, logra efectivamente el atribuir a esa tercera persona un derecho propiamente suyo. El Código Suizo en su artículo 112 regula ésta modalidad contractual y señala que: “aquel que obrando en su propio nombre, ha estipulado una obligación a favor de un tercero, tiene el derecho de exigir la ejecución en beneficio de ese tercero. El tercero o sus causahabientes pueden también reclamar personalmente la ejecución, cuando ello ha sido la intención de las partes, o constituye el uso. En este caso, y desde el momento en que el tercero declara al deudor que él pretende hacer uso de su derecho, ya no depende del acreedor el liberar al deudor.” El artículo 402 del Código civil portugués, al determinar los derechos del tercero y el promisorio (estipulante) dispone: “El tercero a favor de quien ha sido convenida la prestación, adquiere el derecho a reclamarla, independientemente de su aceptación en vida del promitente. El promisorio tiene igualmente el derecho de exigir al promitente la

favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiera hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada.” Y supone una excepción legal<sup>466</sup> al principio de relatividad contractual recogido en el párrafo primero del precitado artículo, ya que existen ciertos supuestos en que el contrato puede incidir en la esfera jurídica de los terceros de forma directa.<sup>467</sup>

El promitente dirige su promesa al estipulante (que obra en nombre propio y con interés personal en la ejecución de la obligación)<sup>468</sup>, y no al beneficiario, razón por la cual este último es tercero respecto al contrato.<sup>469</sup> La causa que informa el negocio jurídico entre estipulante y promitente es lícita y viene representada por el interés del estipulante de establecer la prestación a favor del tercero.<sup>470</sup>

## **2.- El contrato en beneficio de tercero.**

### **2.1.- Concepto y caracteres.**

---

prestación a favor del tercero, a no ser que otra hubiera sido la intención de los contratantes.” Por lo que respecta al derecho inglés, el Contract (Rights of Third Parties) Act de 1999, ha significado una radical renovación de las vetustas estructuras del sistema contractual inglés no sólo por la posibilidad de atribuir derechos a terceros, sino en cuanto a que lleva consigo un mayor respeto de la voluntad de los contratantes y las legítimas expectativas del beneficiario.

<sup>466</sup> Excepciones al principio “nemo alteri stipulare potest”.

<sup>467</sup> DIEZ-PICAZO L: “Sistema de Derecho ...” Vol II. Madrid 2002 op cit pp 55 y ss.

Distingue el autor dos supuestos de eficacia del contrato en relación con terceros: 1.- Supuestos de eficacia directa del contrato sobre terceros, siendo los supuestos más claros los del contrato a favor de tercero (seguros de vida). 2.- Supuestos de eficacia indirecta o refleja a través de las situaciones creadas o modificadas por el contrato. Así ocurre con las relaciones jurídicas subordinadas (fiador respecto de la relación deudor-acreedor); las relaciones jurídicas recíprocamente condicionadas (derechos de los comuneros en la comunidad); las relaciones que derivan y descansan en otra que le sirve de base (el subarriendo respecto del arrendamiento). En todos estos casos, el contrato celebrado por las partes tiene una eficacia directa en la relación *inter partes* y una eficacia refleja en la relación subordinada, condicionada o derivada.

<sup>468</sup> SCOGNAMIGLIO, R: “Contratti in generale” Terza ediciones, Casa Editrice DR. Francesco Vallardi. Milano, 1980. p 207.

<sup>469</sup> DIEZ PICAZO, L.: “Fundamentos.. ” ob cit, p. 408 y ss.. DE LA PUENTE Y VALLE, M: “Estudios sobre el contrato privado”, tomo II, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, p. 221.

<sup>470</sup> JOSSERAND, L.: “Derecho civil” Traducción del francés. Tomo 2, vol I. Ed. Jurídica Europa-América. Buenos Aires 1980, p 300. “Si ésta causa es ilícita, la disposición a favor de tercero es nula, mientras permanece la relación entre estipulante y promitente.” Algunas legislaciones no exigen que el estipulante tenga interés personal en la ejecución de la prestación a favor de tercero. Así podemos citar el BGB alemán en su artículo 328, o el Código Suizo de obligaciones, artículo 112.

Nuestra jurisprudencia ya de antiguo recoge la figura contractual, sentando una doctrina que ha permanecido invariable a lo largo de los años.<sup>471</sup> Esta doctrina establece que: “la estipulación en provecho de tercero supone una relación contractual en la que el acreedor deriva la prestación del deudor hacia otra persona que no ha intervenido en el contrato y para fijar su naturaleza específica es preciso deslindar su esfera de acción, aislándola de otras figuras de derecho similares, diferenciándose el régimen jurídico de la prestación a tercera persona, según ésta venga autorizada solamente para recibir la prestación, o adquiere además el derecho estipulado, diferenciación que se traduce en que, en el primer caso, el tercero es únicamente destinatario de la prestación, sin la facultad de exigir su cumplimiento al deudor, que nace y persiste en el contratante acreedor, mientras que en el caso del verdadero contrato a favor de tercero, éste es el titular del derecho hacia él derivado”.<sup>472</sup>

El paciente no es un mero destinatario de la prestación sanitaria sino que es titular del derecho subjetivo a percibir asistencia sanitaria de los facultativos del cuadro médico de la compañía, de producirse el riesgo que es objeto de cobertura en la póliza. “Para que exista contrato en beneficio de tercero, este ha de ser titular *del derecho hacia él derivado*”,<sup>473</sup> “sin que pueda estimarse tal derecho como propio del que estipuló el contrato y cedido al tercero, o simplemente ejercido por éste en lugar de aquél.”<sup>474</sup>

---

<sup>471</sup> SSTs de 9 de mayo de 1932 ( RJ 1933\1046), 31 de enero de 1935 ( RJ 1935\253), que reconocen que el tercero es el titular del crédito asistiéndole una acción directa para hacer efectiva la promesa por el obligado al contratante. Especialmente las sentencias de 9 de diciembre de 1940 (RJ 1940,1131), y de 10 de diciembre de 1956 (RJ 1956,4126), se citan como referencia en la fundamentación jurídica de las más recientes resoluciones en materia de contratos con estipulaciones en beneficio de tercero, lo que es prueba palmaria de que el criterio jurisprudencial ha permanecido invariable en el tratamiento de la figura. Así podemos citar como receptoras de esta doctrina, entre otras, las SSTs de 14 de junio de 2011 (RJ 2011, 4532), 17 noviembre de 2009 (RJ 2009,7291), 9 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5710), 31 de mayo de 2001 (RJ 2001,3875), y SSAP de Barcelona de 26 de septiembre de 2013 (AC 2013,1846), de Granada de 29 febrero de 2013, (JUR 2013,104497), de Zaragoza de 1 febrero de 2012, (AC 2012,644), entre otras.

<sup>472</sup> Por todas, SSTs de 9 de diciembre de 1940 (RJ 1940,1131), y de 10 de diciembre de 1956 (RJ 1956,4126).

<sup>473</sup> Por todas, SSTs de 9 de diciembre de 1940 (RJ 1940,1131), y de 10 de diciembre de 1956 (RJ 1956,4126).

<sup>474</sup> Por todas, STS de 10 de diciembre 1956 ( RJ 1956, 4126).

“El tercero beneficiario, está asimilado a un contratante y como tal, exigirá la responsabilidad por incumplimiento al amparo de las normas reguladoras del contrato. Desde el punto de vista técnico, solo son contratos en beneficio de tercero aquellos que las partes celebran para atribuir de manera directa o indirecta a un tercero un derecho subjetivo que le permita exigir el cumplimiento de la promesa.”<sup>475</sup>

Este rasgo esencial permite distinguir esta figura de otras afines pero de distinta naturaleza (que podemos encuadrar en el ámbito de la eficacia indirecta y que no implican excepción alguna al principio de relatividad contractual), como son:

- Contratos celebrados en interés de tercero, pero que prevén una adquisición inmediata por uno de los contratantes, que será quien más tarde transmita al tercero (mandato no representativo).
- Contratos celebrados por un representante en nombre de su principal y para éste. Aquí, el principal es parte en el contrato, aunque actúe por medio de representante.
- Pactos contractuales que permiten a una de las partes liberarse de la obligación mediante el pago a un tercero. En estos casos, el tercero no tiene un derecho para exigir la prestación.

En general, cualesquiera contratos cuya celebración determine una ventaja indirecta para un tercero, sin que éste pueda exigir una prestación a su favor (servidumbre de vistas que favorece a un predio intermedio).

Todo lo contrario sucede en el verdadero contrato a favor de tercero, que lo es respecto del contrato, pero no respecto de la relación obligatoria surgida del mismo. El tercero se constituye en elemento objetivo del contrato, por voluntad de los contratantes y es esencial que la prestación le sea cumplida directamente a él.<sup>476</sup> Su

---

<sup>475</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M. “Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos. Consecuencias.” Dykinson. Madrid. 2015., p.108.

<sup>476</sup> MACCARRONE, G. “Contrato con prestazione al terzo”. Napoli 1997 pp. 22 y 43.

derecho es autónomo y deriva directamente del contrato, no del derecho de su estipulante.<sup>477</sup>

El contrato en beneficio de tercero tiene una formulación que abarca muy diversas situaciones, por ejemplo el seguro de vida, por el que una persona (asegurado o tomador/estipulante) estipula con una compañía de seguros (asegurador/promitente) que, mediante el pago de una prima, éste entregará, producido su fallecimiento, un capital a un tercero (beneficiario).<sup>478</sup>

Otras realidades jurídicas que se explican a través de ésta figura son:

- El contrato de transporte de mercancías celebrado entre el expedidor y el transportista, por el que éste último se obliga a entregar la mercancía a un tercero destinatario (tercero respecto al acuerdo entre el comitente y el transportista o vector), estando éste facultado para actuar directamente contra el transportista incumplidor como si fuera parte contratante.
- La donación con carga en beneficio de un tercero, en el que el donante es el estipulante; el donatario, el promitente; y el beneficiario de la carga un tercero ajeno al negocio jurídico.
- Los seguros de responsabilidad civil profesional o indemnizatorios de daños causados por vehículos a motor, en virtud de los cuáles las compañías han de indemnizar a las víctimas que son terceros ajenos al contrato de seguro. Con la particularidad de que la propia LCS les concede a los damnificados acción directa (art. 76 LCS) frente a las compañías en el ejercicio de sus pretensiones resarcitorias.

---

<sup>477</sup> De ese carácter originario y no derivado se desprende entre otras cosas que el crédito del beneficiario sea inmune a acciones de acreedores del estipulante tal y como dispone el artículo 88 de la Ley 50/1980, de 8 octubre, del Contrato de Seguro, cuando establece que “la prestación del asegurador deberá ser entregada al beneficiario, en cumplimiento del contrato, aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquier clase del tomador del seguro”.

<sup>478</sup> El artículo 330 del BGB alemán dispone: “Si en un seguro de vida, o en un contrato de renta vitalicia se estipula el pago de la suma del seguro o de la renta vitalicia a un tercero, ha de entenderse en la duda que el tercero debe seguir de forma inmediata el derecho de exigir la prestación. Lo mismo vale si en una atribución a título gratuito se impone el favorecido una prestación a un tercero o si en una asunción de patrimonio o de bienes es prometida por el que asume a un tercero una prestación con el fin de ajuste.”

Las compañías de seguros sanitarios, a la hora de concertar con facultativos y centros la prestación de asistencia sanitaria en beneficio del asegurado pueden adoptar diversidad de formas jurídicas, ya lo tratamos en el epígrafe primero del capítulo tercero de este trabajo.<sup>479</sup> Lo que resulta esencial es que la voluntad de constituir un derecho a favor de tercero ha de ser indubitada, pudiendo constituirse por una voluntad implícita, pero siempre inequívoca de las partes, pudiendo ésta deducirse de actos coetáneos, anteriores o posteriores (artículo 1282 CC).<sup>480</sup> La atribución de un derecho a tercero puede resultar de la intención común de los contratantes, ya sea expresa o derivada de una conducta concluyente, o del sentido que de modo objetivo deba resultar de la naturaleza y fin del contrato, pero en todo caso, los criterios que lleven a dicha conclusión han de ser inequívocos, porque en caso contrario la fuerza atractiva del principio de relatividad impedirá que los efectos del contrato vayan más allá de los propios contratantes.

La jurisprudencia francesa ha acudido con enorme frecuencia al contrato en beneficio de tercero, para explicar la naturaleza y efectos de las más variadas figuras, siendo los casos más corrientes, los que se dan en materia de contrato de seguro, (es el caso del seguro de vida a favor de tercero y el seguro por cuenta de quien corresponda o el seguro de grupo), llegando muchas veces demasiado lejos, reconociendo la existencia de estipulaciones a favor de tercero implícitas, con el único fin de conseguir la reparación en sede contractual del perjudicado, y eludir así las normas de la responsabilidad extracontractual.<sup>481</sup>

El argumento de la estipulación a favor de tercero como fundamento de responsabilidad contractual, es tratado por la jurisprudencia gala a propósito de supuestos en los que pacientes contraen enfermedades a consecuencia de

---

<sup>479</sup> Al respecto, queremos recordar que incidimos en el hecho de que los artículos 1, 4.2, 41 y 42 de la Ley 44/2003 de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias, reconocen la posibilidad de desarrollar la asistencia bajo formas de prestación por cuenta propia o por cuenta ajena, bien sea la vinculación laboral, civil o mercantil, ajustándose para ello, a cualquiera de las formas contractuales admitidas en nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>480</sup> DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos .. " ob cit p. 436.

<sup>481</sup> GOUTAL, J.L. : "Essai sus le principe d' le effect relative du contrat". Paris 1981, pp 128 a 145. PHILIPON, CH. : "La stipulation per autrui tacite", Aix-Marseillie, 1969, pp 10 y ss.

transfusiones de sangre contaminada. Se defiende en diversas resoluciones<sup>482</sup> que el contrato celebrado entre el centro de transfusión de sangre y un hospital, contiene una estipulación implícita de éste en favor de sus pacientes, en virtud de la cual, el primero se compromete a suministrar sangre no viciada. De la citada jurisprudencia se deduce que la voluntad de las partes no se presume por los tribunales, sino que existe realmente, pues no se entiende que el centro de transfusión y el hospital celebren un contrato de ésta naturaleza sin tener en cuenta, como finalidad primordial, proteger el interés de los enfermos de recibir una sangre en perfectas condiciones. La intención de estipular a favor de tercero, si bien no se manifestó expresamente, ha de deducirse de la naturaleza misma de la convención por lo que la argumentación es absolutamente legítima.<sup>483</sup> Es cierto que en todo contrato a favor de tercero, se toma en consideración, en mayor o menor medida, el interés del beneficiario, pero no se puede razonar sensu contrario, que porque las partes hayan tenido presente el interés de otro al celebrar un contrato, incluso si éste es el motivo determinante del mismo, exista de modo indubitado una estipulación a favor de tercero. Tampoco parece que el hospital, al contratar con el centro de transfusión, haya querido atribuir necesariamente derecho alguno a sus pacientes, aunque celebró el contrato teniendo en consideración el interés de estos.

Hay quien entiende que el supuesto se refiere a daño de tercero, derivado de la defectuosa ejecución de un contrato, circunstancia que tendría amparo bajo las reglas de la responsabilidad extracontractual, por nuestra parte consideramos que el supuesto descrito encaja más en el ámbito de la responsabilidad por producto defectuoso.<sup>484</sup>

---

<sup>482</sup> TGI de Nice de 27 de julio de 1992 (D. 1993, II, pp. 38 a 40), TGI de Toulouse de 16 de julio de 1992 (JCP 1992, II, nº 2196, pp. 437 a 440), TGI de Paris de 1 de julio de 1991 (JCP 1991, II, nº 21762, pp 413 a 416), Corte de Apelación de Paris de 28 de noviembre de 1991 (Gaz. Pal. 1992, I, pp. 120 a 126).

<sup>483</sup> GHESTIN, J, BILLIAU, M. y JAMIN, Ch: "La stipulation pour autrui", en *Les effets du contrat á l'égard des tier.* (Comparaisons franco belges), dir. por M.FONTAINE y J. GHESTIN. Librairie generale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1992, pp 380 y ss.

<sup>484</sup> Prueba de ello es que estos planteamientos jurisprudenciales forzados, que han tratado de incardinar como contrato en beneficio de tercero lo que es una responsabilidad por producto defectuoso, han sido superados con la entrada en vigor de la Ley 98-389 de 25 de julio de 1998, que introduce en el Código civil francés una nueva regulación de la responsabilidad en este ámbito, homogeneizando las figuras de

En derecho alemán, también es la voluntad de las partes la que va a determinar si nos encontramos ante un contrato en beneficio de tercero o ante un contrato simplemente autorizativo en el que el promitente queda obligado frente al estipulante a realizar una prestación a favor de tercero, sin que éste adquiera derecho alguno a exigir su cumplimiento. En este sentido el artículo 328 del BGB alemán es claro al señalar que a través de un contrato se puede establecer una prestación a favor de tercero, con el efecto de que éste adquiera directamente el derecho a exigir su cumplimiento. En defecto de disposición expresa, se debe deducir de las circunstancias y en especial del fin del contrato, si el tercero adquiere tal derecho.<sup>485</sup> Con base a estos elementos, la jurisprudencia germana ha calificado como auténticos contratos a favor de tercero a aquellos que responden a una finalidad de previsión o ahorro (Versorgungsverträge). Por ejemplo, el contrato de trabajo, cuando en él se incluye una estipulación por la que el empleador se obliga a pagar una determinada pensión a favor de la viuda de aquel en el caso de fallecimiento,<sup>486</sup> o los contratos celebrados por los padres para los tratamientos médicos de sus hijos.<sup>487</sup> El tercero adquiere el derecho estipulado en su favor directamente, sin pasar por el patrimonio del estipulante y sin que sea necesaria la aceptación del beneficiario, bien en el mismo momento de la

---

parte y tercero bajo el concepto de consumidor. Dicha reforma se introduce en cumplimiento de La Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985. Modificada por la Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, con el objeto de garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores contra los daños causados a su salud y a sus bienes por un producto defectuoso, reduciendo al mismo tiempo las divergencias de las legislaciones nacionales en materia de responsabilidad que distorsionaban la competencia y coartaban la libre circulación de los productos. Este marco jurídico establecido en la Directiva supone la responsabilidad objetiva del productor a favor de la víctima; la carga de la prueba que se impone a la víctima en relación con el daño, el defecto y el nexo causal entre los dos; la responsabilidad solidaria de todos los operadores de la cadena de producción a favor de la víctima para garantizar la compensación del daño; la responsabilidad limitada en el tiempo en virtud de plazos uniformes y la ilegalidad de las cláusulas que limiten o excluyan la responsabilidad en perjuicio de la víctima.

<sup>485</sup> [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p1148](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1148). HADDING W. "Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (§328 BGB)", t 2, 12ª ed. Stuttgart-Berlin-Köln. 1990, p.1531. ESSER J. y SCHMIDT, E. "Schuldrecht", t 1, vol 2, 7ª ed. Heilderberg. 1993, p 272.

<sup>486</sup> BAG de 5 de septiembre de 1972 (NJW 1973, p. 963), 21 de octubre de 1966 (NJW 1967, p. 173).

<sup>487</sup> BGH de 10 de enero de 1984 (BGHZ 1984, p. 266). MARKESINIS, B.S. "The german law of obligations", vol I, Oxford. 1997, pp. 263 a 264.



conclusión del contrato, bien sometida la adquisición al cumplimiento de una determinada condición.<sup>488</sup>

En derecho norteamericano se mantiene la misma dirección y la voluntad de las partes aparece como elemento esencial a la hora de determinar si estamos ante un verdadero contrato en beneficio de tercero o no. Se distingue tradicionalmente entre “donee beneficiary” y un “creditor beneficiary”, según que el estipulante pretenda con el contrato realizar una atribución gratuita al tercero o saldar una deuda que tenga frente a él. Tanto en uno como en otro caso el tercero tendrá acción para exigir el cumplimiento del contrato sólo cuando ésta hubiera sido la intención de los contratantes (explícita o implícita). Se habla entonces de “intended beneficiary”. En otro caso, estaríamos sólo frente a un “incidental beneficiary”, al que no se reconoce derecho alguno derivado del contrato.<sup>489</sup>

En nuestro derecho, la estipulación a favor de tercero conserva sin duda su posición dentro de la dogmática contractual como excepción al principio de relatividad, lo que en el plano aplicativo se traduce en la imposibilidad de presumir esa voluntad por el sólo hecho de que el estipulante tenga un interés en la atribución de un derecho al tercero, incluso aunque éste haya sido designado como destinatario de la prestación.<sup>490</sup> Una vez más el *nomen iuris* no basta y la voluntad de las partes tiene que ser indubitada.

No se puede desconocer que la voluntad contractual no es voluntad de uno solo de los contratantes, sino la de ambos, de manera que, si bien el interés del estipulante en la atribución de un derecho a un tercero, puede servir para descubrir tal voluntad en su persona, y aquí es evidente por cuanto el beneficiario es tomador de la póliza de

---

<sup>488</sup> HADDING W. “Zur Theorie des Vertrages zu Rechten Dritter im deutschen Recht” en Festschrift für Imre Jajtay”, Tübingen. 1982, p. 204.

<sup>489</sup> Recogido en Restatement of the Law of Contract, Second (&302). Codificación privada elaborada por The American Law Institute que goza en el derecho norteamericano de una mera persuasive authority.

<sup>490</sup> GOUTAL J.L, “Essaisu le principe de l’effet relatif du contrat”, Préface de Henri Batiffol, IGdJ, Paris, 1981, p.57.

asistencia sanitaria y cliente de la compañía, no cabe afirmar lo mismo en relación con el promitente.<sup>491</sup>

Sólo en el caso de que el estipulante hubiese celebrado el contrato teniendo en cuenta prioritaria o exclusivamente el interés del tercero<sup>492</sup> y este hecho haya sido además plenamente reconocible para el promitente, podríamos hablar de una estipulación a favor de tercero. Lo que sucede en aquellos casos en los que la prestación, como es el caso, está en estrecha relación con la persona del beneficiario.<sup>493</sup> De hecho el beneficiario ha contratado con la compañía de seguros ese servicio para el caso de que se cumpla el riesgo que es objeto de cobertura en la póliza.

Esta circunstancia permite hablar de oponibilidad del contrato suscrito entre el paciente y la compañía en el marco de coligación contractual, cuando en el capítulo tercero, epígrafe primero, analizábamos la posición del facultativo en relación a la póliza (desde la perspectiva paciente/entidad).

Aunque la doctrina mayoritaria<sup>494</sup> está de acuerdo en que a pesar de la redacción del CC, que se refiere a “estipulación en favor de tercero”, nada impide celebrar un contrato en favor de tercero con los límites que establece para la autonomía privada el artículo 1255 CC, el contrato que suscribe compañía y facultativo no está

---

<sup>491</sup> MARKESINIS, B.S., LORENZ, W. y DANNEMANN, G. “The law of contracts and Restitution: A comparative introduction.” En MARKESINIS, B.S. “The German law of obligations.” T I, Clarendon Press, Oxford, p 271.

<sup>492</sup> La legitimación del tercero frente al promitente se dirige esencialmente a reforzar la posición del beneficiario frente a éste último, pero que por otro lado limita las facultades del estipulante, que no podrá disponer libremente de la prestación una vez que el tercero haya manifestado su aceptación. No basta por tanto con que el estipulante haya tomado en consideración el interés del tercero, sino que es preciso, en cierta medida, lo haya puesto por delante del suyo propio.

<sup>493</sup> En este sentido la doctrina germana, siguiendo los dictados de la jurisprudencia ha apreciado, que cuando una persona contrata en nombre propio la prestación de servicios médicos para un hijo, un cónyuge u otro familiar, éstos no sólo adquieren el derecho a ser indemnizados en los casos en que sea infringido un deber de protección, sino que podrá exigir del médico un adecuado tratamiento. HADDING W. En “Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Kommentar (&328-335 BGB), t II, 12ª ed. Verlag W Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln, 1990. p 1561 y GOTTWALD, P. “Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch” t II, 3ª ed. C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München. 1994. p 1284.

<sup>494</sup> Por todos DIEZ PICAZO, L. “Fundamentos ..” ob cit p. 436.

exclusivamente dirigido al beneficiario, y también recoge otros aspectos relativos a retribución o de organización del servicio<sup>495</sup>.

El derecho a recibir asistencia sanitaria por el asegurado se configura como un derecho de crédito “intuitu personae” cuyo contenido es una obligación de hacer, de actividad.<sup>496</sup>

Si esa obligación se incumple con daño para el beneficiario, surge la obligación de reparar el perjuicio causado, de indemnizar, que tiene su sustento en el cumplimiento defectuoso de la prestación a que venía obligado el promitente en virtud de contrato.<sup>497</sup> “Precisamente por ser acreedor puede ejercitar acciones en defensa de su crédito”.<sup>498</sup> El beneficiario tiene, frente al promitente, la acción de exigir el

---

<sup>495</sup> ALBADALEJO, M: “Curso de Derecho civil español”, volúmenes II y III, 11ª edición, Ed. Edisofer. Madrid, 2010. p. 372. “El estipulante puede obligarse o no a favor del promitente, a cambio de lo que éste promete para el tercero. Es decir el contrato a favor de tercero puede ser gratuito (el promitente se obliga a favor del tercero liberalmente) u oneroso (el promitente se obliga a favor del tercero, a cambio de que se obligue a su favor el estipulante”. Si el estipulante se obliga frente al promitente el contrato es con prestaciones periódicas.

<sup>496</sup> DIEZ PICAZO, L. “Fundamentos....” Tomo I cit. p 434. No cabe duda que los supuestos en los que la prestación estipulada a favor de tercero, están constituidas por un “dar”, son desde un punto de vista cuantitativo los más importantes, pero nada impide que la prestación consista en un “hacer” o un “no hacer”.

<sup>497</sup> Cuando el Tribunal Supremo habla de un contrato en el que el tercero aparece solamente como receptor de la prestación o servicio, parece estar asumiendo el posicionamiento doctrinal del teórico alemán Hellwig, (HELLWIG K “Die Verträge auf Leistung an Dritte”. A. Deichert’sche Verlagsbuchhandlung Nachf. (George Böhme) Leipzig 1899 (reimpresión Scientia Verlag Aalen 1980) p. 43), es decir el tercero, aunque beneficiario de la prestación, no ostenta derecho de crédito frente al deudor para reclamar su cumplimiento, siendo ejemplos clásicos para ilustrar la figura la del padre que contrata a un profesor para que de clases particulares a su hija o el joven que compra un ramo de rosas en una floristería para que sea enviado a su novia el día del aniversario. Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 328 BGB, la doctrina alemana ha construido una distinción entre el contrato a favor de tercero propio, para el que quedaría reservada la disciplina prevista en los artículos 328 a 335 BGB, y otro impropio o simplemente autorizativo, en el que el promitente queda obligado frente al estipulante a realizar una prestación a favor de tercero, sin que éste adquiera derecho alguno a exigir su cumplimiento. En todo caso, hablamos de supuestos en los que, a tenor del contenido del contrato, de sus cláusulas, se infiere que una de las partes contratantes hace prometer de la otra el pago de la prestación a favor de su acreedor, limitando la eficacia obligatoria del acuerdo a los propios contratantes y denegando por consiguiente la acción del beneficiario, (SSTS de 9 de marzo de 2000 (RJ 2000,1349), que lo es de la prestación, pero no acreedor de la misma que sigue siendo el estipulante que dispone de su derecho de crédito. LEITE DE CAMPOS, D. “Contrato a favor de terceiro”, 2ª ed. Coimbra 1991 p 52.

<sup>498</sup> SAP de Vizcaya de 9 de marzo de 2001 (JUR 2001,185176).

cumplimiento de la prestación, como cualquier acción en defensa o conservación y resarcimiento, de su crédito,<sup>499</sup> pues su posición es la misma que la de cualquier acreedor, no dependiente de lo que acontezca con el estipulante. En el contrato de seguro sanitario el beneficiario no tomador no se convierte en un mero perceptor de una prestación, sino que se le atribuye un derecho subjetivo y por tanto es sujeto activo de la obligación nacida del contrato que le faculta para exigir directamente al obligado, el cumplimiento de la prestación.

En el mismo sentido se manifiesta la doctrina alemana que entiende, reforzada por el principio indemnizatorio esencial en los seguros de daños, que el beneficiario de la prestación no puede ser cualquiera, sino única y exclusivamente quien ostente la condición de titular del interés asegurado en el momento de la producción del siniestro, de donde deriva, en primer lugar, que el estipulante no podrá alterar libremente la persona del beneficiario<sup>500</sup> y, en segundo término, que en los casos de renuncia del tercero o de revocación, el estipulante no podrá hacer suya la indemnización.<sup>501</sup>

---

<sup>499</sup> En contra, RICA BARBERIS, M. "Il contratto a favore di terzi e la garanzia impropria" Dir. fall. 1957 I, p. 42.

<sup>500</sup> VARVAS VASSEROT "La individualización del beneficiario en el seguro de daños" RES 1996 p.268. "Debemos negar la separación subjetiva del beneficiario y del asegurado en los seguros de daños; y considerar sólo posible la individualización de la figura del beneficiario en los seguros sobre la vida". Lo que no impide hablar de un contrato a favor de tercero en el caso del seguro por cuenta ajena o por cuenta de quién corresponda, sino que tan sólo conlleva la necesidad de que éste coincida con la titularidad del interés asegurado.

<sup>501</sup> La doctrina italiana ha sometido esta construcción a una profunda revisión, al considerar innecesario recurrir a la figura del contrato a favor de tercero para extraer de ella su régimen jurídico. La contratación por cuenta ajena se califica como un supuesto especial dentro de la categoría general de la sustitución, cuya característica esencial, representada por esa escisión de los efectos del contrato se justifica en la ley y en la propia virtualidad del principio indemnizatorio. FERRI "L'assicurazione per conto nella teoria dei contratti" en Scritti giuridici in onore della Cedam nel Cinquantenario della sua fondazione" vol I, Padova 1953, pp 317 y 318, sería el primero en reconducir la categoría al fenómeno de la representación indirecta, pero sometida a ciertas matizaciones, afirmando que en el campo del seguro, el fenómeno de la sustitución no puede presentarse en un esquema típico, pues si de hecho evidentes exigencias prácticas imponen que el seguro pueda ser contratado por persona diversa del titular del interés asegurado, sin embargo, para conservar el carácter esencial del seguro, y para impedir que se transforme en una especulación, es necesario que al menos en el momento funcional sea establecida aquella relación entre seguro e interés a través del cual la función del mismo se garantiza y realiza. GARCÍA LUENGO, B. "Consideraciones sobre el seguro por cuenta ajena" RDM 1983 pp 44 y ss.

Enormemente controvertido se presenta la problemática del momento en el que el beneficiario, acreedor de la prestación, tiene derecho a accionar contra el promitente, en definitiva nos referimos al momento en que adquiere el derecho subjetivo que le faculta a accionar y a exigir la prestación o las consecuencias de su incumplimiento.

## **2.2.- La aceptación.**

El artículo 1257.2 CC, determina expresamente que el beneficiario podrá exigir el cumplimiento de la obligación estipulada en su favor, siempre que hubiera hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada, lo que implica que el contrato ya se ha perfeccionado antes del concurso de la misma. La doctrina de forma mayoritaria se manifiesta en el sentido de que no estamos ante la aceptación de una oferta contractual, sino ante una verdadera excepción al principio de relatividad de los contratos.<sup>502</sup>

La aceptación no está sujeta a ninguna exigencia de forma pudiendo ser expresa o tácita,<sup>503</sup> incluso estar implícita en un acto o negocio jurídico que revele su voluntad de adhesión.

Al beneficiario no se le obliga a asumir los derechos y obligaciones de un contrato en el cual no es parte, sino que sólo asumirá los efectos favorables, siempre que los acepte. Si el perfeccionamiento del contrato dependiera de la aceptación del tercero, éste no sería tal tercero y nos hallaríamos ante un contrato plurilateral.<sup>504</sup>

Existe alguna posición divergente que considera, por el contrario, que existen realmente dos contratos distintos, esencialmente vinculados entre sí. El primero perfecto y eficaz desde el primer momento, entre estipulante y promitente, y un

---

“La diferencia entre la estipulación a favor de tercero y el contrato por cuenta ajena viene representada por el hecho de que, mientras la primera presupone el interés del estipulante, el segundo responde exclusivamente a la protección del interés del asegurado.”

<sup>502</sup> DIEZ PICAZO, L. “Fundamentos,,,” ob cit p.438, CASTAN TOBEÑAS, J. “Derecho civil” t II, 2ª ed ob cit, p 103. PEREZ CONESA, C. “El contrato a favor de tercero”. Editorial Comares. 1999, p. 231.

<sup>503</sup> SSTs de 14 de junio de 2011 (RJ 2011, 4532), 9 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5710), 23 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7104), 6 de marzo de 1989 (RJ 1989, 1998). SAP de Alicante de 20 de febrero de 2012 (AC 2012,372).

504 MIRABELLI: “Dei contratti in generale”, en Comm. Al Cod. Civ, tomo IV, Torino, 1980, p. 437.

segundo con el tercero, cuya aceptación por éste, es una “*condictio iuris*” para su perfección.<sup>505</sup>

Este es un planteamiento que ya aparece de antiguo en la doctrina francesa, e implica la asunción de la “teoría de la oferta”, que configuraba la aceptación del tercero como condición de la adquisición. Se defendía que era el estipulante quien adquiriría, como consecuencia de la estipulación celebrada con el promitente, un derecho de crédito que posteriormente era transmitido al beneficiario a través de un nuevo acuerdo que se perfeccionaba con la aceptación de este último.<sup>506</sup>

Esta teoría presenta problemas prácticos. Si consideramos la condición como elemento accidental de la obligación, su eficacia se retrotrae al momento de la perfección del contrato, a pesar de que es el concurso de la voluntad del beneficiario la que viene a perfeccionar el contrato, que sólo desde entonces puede producir efectos. Aún admitiéndose el efecto retroactivo de la aceptación, no se salvan todos los problemas que genera la teoría de la oferta, ya que salvada una posible acción de acreedores, el derecho de tercero continúa naciendo de un acuerdo entre éste y el estipulante, de donde se deduce, primero, que sigue siendo necesaria la aceptación, con lo que si el beneficiario muere antes de ésta, no transmite derecho alguno a sus herederos, porque todavía no lo ha adquirido, y segundo, el derecho proviene del patrimonio del estipulante.

---

<sup>505</sup> DE COSSIO: “Instituciones de Derecho civil” t I, Madrid, 1988, p 418.

<sup>506</sup> FENET, P.A. : “Pothier analysé dans ses rapports avec le Code Civil et mis et ordre sous chacun des articles de ce code, ou les législations ancienne et nouvelle comparées.” Alex Gobelet Librairie. Pris. 1826, pp 224 a 225 y 417 y 418. La prestación estipulada a favor de tercero, al pasar por el patrimonio del estipulante quedaba sometida a la acción de sus acreedores cuando fuera declarada su insolvencia y se entendía caduca la oferta que llevaba implícita la estipulación desde el mismo instante en que se produjera el fallecimiento del estipulante o del beneficiario si antes no se producía la aceptación, lo que era enormemente nocivo en el ámbito del seguro de vida por cuanto el beneficiario era llamado para aceptar, en la mayoría de los casos, una vez producido el deceso del estipulante. Para paliar esta circunstancia, la Corte de Casación en resolución de 25 de abril de 1853 (D.P. 1853, I, pp 161 y 162; S. 1853, I, cols. 488 a 491), admite la validez de la aceptación implícita, por el sólo hecho de demandar el pago del capital a la compañía aseguradora, y además se acepta el efecto retroactivo de dicha aceptación al momento de la conclusión del contrato. Casación civil de 15 de diciembre de 1873 (S. 1874, I, pp 113 a 115), 28 de marzo de 1878 (S. 1878, I, pp 393 a 402) y Casación e Nimes de 25 de febrero de 1880 (S. 1880, II, pp 327 y 328), entre otras.

La propia doctrina francesa superó este planteamiento reconociendo que el papel de la aceptación se limita a consolidar un derecho que el beneficiario adquiere directamente del contrato, sin que el derecho haya pasado nunca por el patrimonio del estipulante y sin necesidad de su aceptación.<sup>507</sup> Esta solución, afirman, es la más acorde no sólo a las necesidades prácticas de la figura, sino al propio artículo 1121 del Código civil francés, que no habla en ningún momento de aceptación por parte de tercero, sino que se refiere a la declaración de querer aprovechar los efectos de la estipulación. Y en segundo lugar, porque el artículo 1165 del Code, al presentar la estipulación en beneficio de tercero como una excepción al principio de relatividad contractual, está expresamente reconocido que los efectos de la convención, van más allá de las partes contratantes.<sup>508</sup>

Esta posición es asumida también por el derecho alemán, en el que el tercero, adquiere el derecho estipulado en su favor directamente, sin pasar por el patrimonio del estipulante y sin que sea necesaria la aceptación del beneficiario, sin perjuicio de que las partes estipulen que la adquisición de dicho derecho por el tercero se produzca en el mismo momento de la conclusión del contrato o una vez cumplida una determinada condición.

La aceptación no puede ser calificada como un presupuesto legal para la adquisición del derecho por parte del tercero y no para la perfección del contrato, porque el artículo 333 BGB estipula que el tercero, por medio de una declaración unilateral de voluntad emitida frente al promitente, puede renunciar con eficacia retroactiva al derecho ya adquirido por medio de contrato, de lo que se infiere que la aceptación no es un elemento necesario para el nacimiento del derecho de tercero.

La aceptación supone al igual que en derecho francés, la consolidación definitiva del derecho ya adquirido.<sup>509</sup>

---

<sup>507</sup> BIANCA, M.C.: "Diritto civile". Tomo III, Il contratto. Seconda edizione, Giuffrè, Milano, 2000, p 560 y ss.

<sup>508</sup> FLOUR J. y AUBERT, J.: "Les obligations. L'acte juridique." Paris. 1996. n 479. p 351 a 353. TERRÉ F., SIMLER PH. y LEQUETTE Y.: "Droit civil. Les obligations." Paris 1996. p 414 a 415.

<sup>509</sup> HADDING W. "Zur Theorie des Vertrages zu Rechten Dritter im deuchen Recht" ob cit, pp. 185 y 209.

Por su parte el artículo 1411 del Código civil italiano, en su apartado segundo señala que “.. salvo pacto en contrario, el tercero adquiere el derecho contra el promitente por el efecto de la estipulación.”

La doctrina italiana de forma unánime concluye, que el tercero no sólo adquiere directamente del contrato celebrado entre el promitente y el estipulante, sino que esa adquisición se produce de manera automática e inmediata,<sup>510</sup> prescindiendo de cualquier otro requisito ulterior, y en particular, de la declaración de voluntad por parte del tercero.<sup>511</sup>

El propio artículo 1411 en su párrafo cuarto, otorga al tercero la posibilidad de renunciar, con efectos retroactivos,<sup>512</sup> a la prestación convenida en su beneficio en atención al reconocimiento que la ley hace de su independencia jurídica, habida cuenta de que adquiere el beneficio de forma directa y automática, sin necesidad de aceptación. No obstante lo expuesto, para que el tercero pueda exigir el cumplimiento de la estipulación, es necesario que lo acepte.<sup>513</sup>

En nuestro ordenamiento, el tenor literal del artículo 1257.2 CC convierte el problema en controvertido. Hay quien considera que la aceptación es un requisito impuesto por la ley como presupuesto necesario, (*condictio iuris*), para que ingrese en el patrimonio del beneficiario el derecho constituido a su favor.<sup>514</sup>

Otros, por el contrario (partidarios de la adquisición automática más en la dirección de los países de nuestro entorno), centran su atención en el hecho de que la aceptación

---

<sup>510</sup> BIANCA, M. C: “Diritto civile”. Tomo III, Il contratto. Seconda edizione, Giuffrè, Milano, 2000, p 537. Se habla de que el contrato a favor de tercero tiene siempre eficacia constitutiva.

<sup>511</sup> FERRI G.B. “Parte del negozio giuridico” Enc. Dir., t XXXI, Milano. 1981, p. 911.

<sup>512</sup> MAJELLO, U. “Contratto a favore del terzo”. En Digesto disc. priv. (sez. civ.) tomo IV. Torino. 1989, p. 245.

<sup>513</sup> MAIORCA: “Il contratto”, Torino, 1996, p 362. “Sostiene que ninguna obligación, ni aún de tipo accesorio, puede surgir del contrato para el tercero antes de su aceptación expresa, lo que significa que es admisible que esas obligaciones o desventajas surjan a partir de la aceptación.”

<sup>514</sup> ROCA SASTRE R.M. y PUIG BRUTAU J. “Estipulaciones a favor de tercero”. En Estudios de Derecho privado, t I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1948, pp 224 a 225. GULLÓN BALLESTEROS A. “En torno a los llamados contratos en daño de tercero” RDN. 1958, p 116. GARCIA AMIGO, M. “Lecciones de Derecho civil” t II. Madrid. 1995, p 382. ESPIN CANOVAS, D. “Manual de Derecho civil español” Vol III, 6ª ed. Madrid. 1986, p 423. BONET RAMON F. “Los contratos a favor de tercero” A.A.M.N. 1961, pp 227, 230 y 240.



del beneficiario aparece vinculada a la revocación de la estipulación, llegándose a afirmar de manera categórica que “en realidad el artículo 1257 CC, ni habla de ella (de la aceptación), ni mucho menos la convierte en una “*condictio iuris*” de la adquisición del derecho por el beneficiario, limitándose el precepto a precisar, la eficacia de la puesta en conocimiento de la aceptación, hecha por aquel, en orden a evitar la revocación del beneficio.”<sup>515</sup>

La jurisprudencia abona en distintas resoluciones posiciones que confirman esa apuntada disparidad de criterios. Podemos encontrar afirmaciones en diversas resoluciones que parecen decantarse por la primera opción: “El derecho no surge perfecto en su persona, más que cuando el mismo tercero declare querer aprovecharlo”,<sup>516</sup> “sólo mediante su aceptación, hecha saber al obligado deviene (el beneficiario) titular de una obligación.”<sup>517</sup>, “el acreedor lo es en potencia desde el momento mismo de la celebración del contrato hasta que cumplida la condición suspensiva de la aceptación, prevenida en el artículo 1257 del Código Civil, adquiere definitiva e irrevocablemente, salvo reserva expresa en caso de estipulación condicional, el concepto de acreedor único, asistido de la correspondiente acción para apremiar al deudor”,<sup>518</sup> “el tercero tiene acción para exigir su cumplimiento a partir de la aceptación comunicada.”<sup>519</sup> o cuando afirma que la aceptación “no constituye una auténtica y propia aceptación, ni una ratificación, sino una adhesión elevada por la Ley a verdadero y propio requisito o «*condictio iuris*» y puede hacerla el tercero beneficiario en forma expresa o tácita, por palabras o por hechos”.<sup>520</sup>

Se argumenta que si con la aceptación termina la facultad de revocar, es porque hasta ese instante el tercero no es titular de un derecho, sino de una mera expectativa, pues lo contrario sería admitir una injerencia en la esfera jurídica ajena, y no para reportarle

---

<sup>515</sup> LA CRUZ BERDEJO, J.L. y otros: “Elementos de derecho civil” vol II, t I, Dykinson. Madrid. 2011, p 528.

<sup>516</sup> STS de 10 de diciembre de 1956 (RJ 1956,4126).

<sup>517</sup> STS de 10 de junio 1977 (RJ 1977, 2876).

<sup>518</sup> Por todas, SSTS de 9 de diciembre de 1940 (RJ 1940,1131), y de 10 de diciembre de 1956 (RJ 1956,4126).

<sup>519</sup> STS de 23 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7104).

<sup>520</sup> Por todas, SSTS de 14 de junio de 2011 (RJ 2011, 4532), 9 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5710), 23 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7104) y 10 de diciembre de 1956 (RJ 1956\4126).

un beneficio, sino para privarle de un derecho que formaba ya parte de su patrimonio.<sup>521</sup>

También encontramos resoluciones en sentido contrario, en las que se admite la procedibilidad contra el promitente en caso de incumplimiento sin prueba de la aceptación, siempre que no haya habido revocación<sup>522</sup>, y que niegan su carácter de “*condictio iuris*” para la adquisición del derecho sino sólo su virtualidad para evitar la revocación.<sup>523</sup> En este sentido, se pueden traer a colación muchos supuestos en los que no se tiene en cuenta la voluntad del sujeto para beneficiarle haciendo que un derecho acceda a su patrimonio o que se extinga una obligación que pesaba sobre él, primando otros intereses más dignos de protección, como ocurre en el caso del legado, la condonación, o el pago de la deuda ajena por un tercero.

En el ámbito de los seguros sanitarios pueden darse distintas situaciones:

a.- Que el contrato que suscriban compañía y facultativo se concierte con carácter previo a la comercialización en mercado del seguro de asistencia sanitaria, con lo que el promitente se va a comprometer a asistir a una serie de sujetos no determinados a priori individualmente, pero determinables por el hecho objetivo de la suscripción de la póliza.

El recurso a la indeterminación del beneficiario en el momento de la perfección del contrato, en el que se establecen los criterios de determinación del tercero no es un

---

521 SCOZZAFAVA, O: “Contratto a favore di terzi.” En Enciclopedia Jurídica Treccani. T IX. Instituto de la Enciclopedia Italiana. 1988, p 4. ADAME MARTÍNEZ, M.A.: “Asunción de la deuda en Derecho Español”. Editorial Comares. Granada. 1996, p 80.

522 STS de 11 de noviembre de 2004 (2004,6893): “Si no hay prueba de aceptación, persiste la revocación.”.

523 SAP de Alicante de 20 de febrero de 2012 (AC 2012,372): “Ni siquiera puede interpretarse la exigencia de aceptación como condición jurídica de la adquisición del derecho por el tercero beneficiario pues lo dice el Código Civil es que el beneficiario debe haber hecho saber su aceptación antes de la revocación y la revocación, dado el carácter bilateral que la estipulación tiene, no puede ser unilateral sino que requiere de un acuerdo entre promitente y estipulante. Pero si la aceptación puede ser tácita, también la revocación lo puede ser. Y al haberse producido la revocación de la estipulación antes de la aceptación por aquél, conforme al artículo 1257.2 CC, se produce la pérdida del derecho y, por tanto, de su legitimación activa y ello aun cuando se acepte, siguiendo en ello la doctrina jurisprudencial, de que la aceptación tanto puede hacerse de un modo expreso o tácito (STS de 6 de marzo de 1989 (RJ 1989, 1998).

recurso nuevo. Concebido el seguro de responsabilidad civil como aquel contrato en virtud del cual, el asegurador se obliga a cambio del pago de una prima, a garantizar la indemnidad del patrimonio del asegurado frente a las consecuencias derivadas de las reclamaciones de responsabilidad ejercidas por terceros en el ámbito de la actividad cubierta por la póliza,<sup>524</sup> no había razón para considerar que el mismo llevara aparejada vinculación de ningún tipo del perjudicado con el asegurador. En el caso del siniestro previsto en la póliza, sólo el asegurado, podría exigir de la compañía aseguradora el abono de la cantidad que en concepto de indemnización viniera a gravar su patrimonio.<sup>525</sup>

La acción directa del perjudicado frente al asegurador, no era un elemento inherente al seguro de responsabilidad. La víctima, únicamente podía dirigirse frente a la compañía aseguradora del causante de tales daños, siempre que se dieran los presupuestos para su ejercicio, a través de la acción subrogatoria o indirecta consagrada en el artículo 1111 CC, lo que estaba repleto de inconvenientes prácticos.<sup>526</sup>

En el mejor de los casos se forzaba al perjudicado a seguir dos procesos sucesivos para obtener el resarcimiento, además, se le hacía soportar los riesgos de la insolvencia del asegurado, pues las consecuencias del ejercicio de la acción subrogatoria, no revierten directamente en el patrimonio de quien la ejercita, sino en el del deudor, quedando el asegurado a las resultas de los acreedores de éste. También podría ocurrir que el asegurado cobrara directamente de la compañía aseguradora, pero empleara lo recibido en otros fines, sin que la víctima pudiera ya reclamar ni tan siquiera en virtud de la acción subrogatoria.<sup>527</sup>

---

<sup>524</sup> STS de 4 diciembre 2007 ( RJ 2008, 39), 8 noviembre 2007 ( RJ 2007, 8253) , con cita de las de 2 noviembre 1999 ( RJ 1999, 7998) y 19 junio 2001 ( RJ 2001, 4974). SAP de las Islas Baleares de 27 de junio de 2011 (AC 2011,2027).

<sup>525</sup> CALZADA CONDE, M.A. "El seguro voluntario de responsabilidad civil". Madrid. 1983, pp 212 y ss.

<sup>526</sup> BOQUERA OLIVER, V. "Nota al artículo 76 de la nueva Ley del Contrato de Seguro" En Revista de Derecho privado, 1982, I, p.866.

<sup>527</sup> LÓPEZ RICHART, J: "El contrato a favor de tercero". Universidad de Alicante. 2001. p. 264.

En general en los ámbitos profesionales y muy especialmente en el de la medicina, factores económicos, sociales y culturales junto al progresivo aumento del número de siniestros y de la cuantía de las reclamaciones hicieron urgente arbitrar los mecanismos para garantizar al perjudicado la certeza en el percibo de la indemnización.<sup>528</sup>

Entre otros argumentos se recurrió a calificar el contrato de seguro de responsabilidad civil, como u contrato a favor de tercero (solvendi causa), sobre la base de considerar que el asegurado es el estipulante y la compañía aseguradora el promitente, que se obliga a cambio de una prima periódica a realizar, una prestación a favor de tercero indeterminado hasta el momento de la producción del siniestro, para el caso de que éste llegue a producirse. Esta forma de entender el seguro de responsabilidad podría verse facilitada por el recurso de la interpretación integradora del contrato,<sup>529</sup> y sobre todo por el hecho de que en el seguro de responsabilidad, éste dejara de estar vinculado a la técnica del reembolso por parte del asegurador de las indemnizaciones ya abonadas por el asegurado para admitir, junto con ésta posibilidad, el anticipo de las cantidades adeudadas e incluso el pago directo del asegurador al tercero.<sup>530</sup>

Sin embargo, la consideración del seguro de responsabilidad civil como un contrato en beneficio de tercero, no está exento de inconvenientes prácticos, en particular, porque la facultad de revocación que el artículo 1257 CC otorga a los contratantes, dejaría en manos del asegurado la garantía que para el asegurado representa la acción directa.<sup>531</sup>

Para salvar el escollo, se dijo que el seguro de responsabilidad, en atención a su finalidad de previsión, es un contrato a favor de tercero “sui generis”, privado de la facultad de revocación.<sup>532</sup> Pero esto denotaba la imposibilidad de la categoría de contrato a favor de tercero, para dar cuenta de la protección que se quería dar al

---

<sup>528</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M. “Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual”. Dykinson, 2.001, págs. 239 a 242.

<sup>529</sup> LEITE DE CAMPOS, D “Seguro da responsabilidade civil Fumdada em accidentes da aviacao. Da Natura jurídica.” Livraria Almedina. Coimbra. 1971, pp. 81 a 82.

<sup>530</sup> GARRIGUES DIAZ CAÑABATE, J. “El contrato de Seguro Terrestre” Madrid, 1983, p.370.

<sup>531</sup> BAILLO Y MORALES-ARCE, Y. “La acción directa en el seguro obligatorio”, Ed. Real Colegio de España Bolonia, 2000. p. 59.

<sup>532</sup> STS de 15 de noviembre de 1986 (RJ 1985,6435).

perjudicado, protección que debía quedar sustraída a la voluntad de los contratantes.<sup>533</sup>

El recurso a la noción de contrato a favor de tercero resulta ociosa desde el momento en que el artículo 76 de la LCS ha dispuesto que “el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar.”

b- Puede darse el supuesto de que el contrato se realice vivo el producto, porque se contraten nuevos médicos o se concierte con nuevos centros que sustituyan, mejoren o amplíen el número de médicos o centros contenidos en los cuadros médicos ya existentes y al mismo tiempo la compañía contrate nuevas pólizas con lo que aparecen nuevos pacientes asegurados. En este caso los tomadores existentes no han de suscribir nuevas pólizas o adiciones por tal circunstancia, salvo que así se estipule.

De las situaciones expuestas debemos colegir que la aceptación se configura como un acto de adhesión del asegurado al esquema de provisión de asistencia sanitaria de la compañía y el contrato que concierta estipulante y promitente provoca la inclusión del facultativo en ese esquema de provisión comprometiéndose a prestar asistencia al cliente de la compañía, lo que determina la legitimación del beneficiario para exigir del promitente el cumplimiento de la obligación y las consecuencias de su incumplimiento, sin que quepa, en consecuencia, acuerdo de estipulante y promitente que pueda revocar el beneficio. No negamos la facultad de revocación, solo decimos que tras el acto de adhesión del asegurado, no cabe.

El conocimiento del promitente de la adhesión del asegurado se infiere asimismo de su pertenencia a la estructura y sistema de provisión de la compañía, en virtud del cual, está obligado a atender a los clientes de ésta. Ya hemos defendido que en el ámbito de los seguros sanitarios, no cabe hablar de contratos individualmente considerados, sino de una red de contratos estructurada y dirigida a hacer posible la financiación y provisión de asistencia sanitaria privada al asegurado. El esquema de provisión de

---

<sup>533</sup> STANGHELLINI, L.; “I diritti del danneggiato e le azioni di risarcimento nella assicurazione obbligatoria della responsabilità civile.” Milano 1990, p. 73.

asistencia sanitaria no puede explicarse exclusivamente con el contrato en beneficio de tercero, no puede explicarse exclusivamente con la póliza, se trata de un conjunto de contratos coligados, vinculados a una causa común que implica necesariamente una comunicación de efectos que da sentido al sistema, y para el que necesitábamos necesariamente dar una visión contractual a la relación existente entre médico y asegurado.

El contrato que suscriben compañía y médico es perfecto desde su celebración y el derecho subjetivo nace a favor de todos aquellos que tengan la condición de asegurados de la compañía, estén determinados o sean determinables como consecuencia de la suscripción de una póliza de asistencia sanitaria.

Hay algunos autores que cuestionan la posibilidad de aplicar la figura del contrato a favor de tercero al objeto de nuestro estudio, sobre la base de considerar, que sólo en el caso de que la ventaja estipulada en beneficio de tercero exija una contraprestación por su parte, la ventaja no queda adquirida por efecto de la estipulación que ha tenido lugar entre las partes, y la aceptación de tercero no tiene ya solamente el efecto de hacer definitiva la estipulación intervenida, sino que es un dato para efectuar la adquisición y quedar obligado a la contraprestación. Se afirma que se sale fuera del ámbito de contrato a favor de tercero, y se incurre en la figura del negocio plurilateral, en la que cada una de las partes de la primera estipulación declara también al tercero y éste a su vez, realiza en orden a ellas su propia declaración, en sentido convencional, de aceptación.<sup>534</sup>

Paciente y médico no suscriben contrato alguno. Es la condición de acreedor del tercero la que le legitima para el ejercicio de acciones frente al promitente en defensa de su crédito, es decir la de exigirle el cumplimiento de la obligación y las consecuencias de su incumplimiento,<sup>535</sup> su posición es la misma que la de cualquier acreedor, con independencia de la relación que le una con el estipulante. Por su parte el promitente dirige su promesa al estipulante no al beneficiario, circunstancia que lo

---

<sup>534</sup> BARBERO, D: "Sistema istituzionale del Diritto privato italiano", t. I, 3ª ed., Utet, Torino, 1962, p 617.

<sup>535</sup> SAP de Vizcaya de 9 de marzo de 2001 (JUR 2001,185176).

hace tercero en el contrato.<sup>536</sup> El promitente no viene obligado frente al beneficiario por propia decisión, viene obligado en virtud del contrato suscrito con el estipulante (relación de cobertura) y con independencia de los acuerdos que puedan tener estipulante y beneficiario, de hecho, es el estipulante el obligado a pagarle y no el tercero que no retribuye al profesional por los servicios recibidos. La póliza que suscriben compañía y facultativo no contempla estipulación alguna en relación con el facultativo ni tiene que aceptar aspecto alguno en relación al clausulado de la póliza. Entendemos que planteamiento es artificioso y queda muy lejos de explicar el esquema jurídico de contratación y provisión de asistencia al asegurado en el marco de los seguros de asistencia sanitaria.

### **2.3.- Contrato a favor de tercero con carga.**

La sentencia de 23 de octubre de 1995, (RJ 1995,7104),<sup>537</sup> admite la posibilidad de que un contrato a favor de tercero pueda llevar asociadas obligaciones correlativas, a cargo del beneficiario, otorgando a éste la facultad de resolver el contrato, cuando el incumplimiento del promitente haya generado una frustración de sus legítimas expectativas.

A pesar de que el caso presenta planteamientos cuanto menos cuestionables desde un punto de vista jurídico,<sup>538</sup> ello no impide que, abstracción hecha del caso resuelto, analicemos las soluciones que puede ofrecernos la conclusión a la que parece llegar el

---

<sup>536</sup> DIEZ PICAZO, L.: “Fundamentos..” ob cit, p. 408 y ss.. DE LA PUENTE Y VALLE, M: “Estudios sobre el contrato privado”, tomo II, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, p. 221.

<sup>537</sup> La sentencia trata sobre un acuerdo celebrado entre dos entidades, por el cual, una de ellas cedía a la otra una finca de su propiedad con el compromiso de la segunda de proceder a su urbanización y construcción. En el referido acuerdo, los administradores de la sociedad cedente de los terrenos, tomaron parte no sólo como representantes de ésta, sino en nombre propio, haciéndose prometer de la entidad cesionaria, el 15% de los beneficios obtenidos con la actuación proyectada, así como el compromiso de ésta de subrogarse y de liberarles de ésta forma del afianzamiento de un préstamo hipotecario, previamente concedido por una entidad bancaria a la sociedad cedente, para la edificación de dichos terrenos. A cambio de ello, renunciaban a su derecho de suscripción preferente en la ampliación del capital social.

<sup>538</sup> Cabe dudar de que en el contrato objeto de la litis, los presuntos beneficiarios (los administradores de la sociedad cedente), merecieran en verdad esta calificación, y no más bien la de auténticos contratantes.

Tribunal Supremo, esto es, la posibilidad de que un contrato a favor de tercero, lleve aparejadas obligaciones con cargo a éste último.

Tradicionalmente se ha venido rechazando la idea de que el contrato a favor de tercero pueda imponer obligaciones al beneficiario, lo que se justifica porque la excepción que aquel representa al principio de relatividad, queda restringido al lado activo de la relación obligatoria derivada del contrato, mientras que por lo que a la imposición de obligaciones se refiere, rige en toda su integridad, el viejo dogma de que el contrato es “res inter alios acta”.<sup>539</sup> Al respecto se afirmaba que presupuesto esencial de aplicabilidad del párrafo segundo del artículo 1257.2 CC era que lo favorable no fuese condicionado, ni compensado por ninguna especie de obligación.<sup>540</sup>

Frente a esa posición, la doctrina moderna ha objetado que nada impedía que el derecho del beneficiario pudiera estar gravado con cargas, dada la configuración técnica que de ellas se había hecho, conforme a la cual las cargas, (oneri, Obligenheiten), no representan junto a la obligación una especie dentro de las situaciones jurídicas pasivas, sino que, por el contrario deben ser consideradas como una situación de poder, cuyo cumplimiento depende de la libre voluntad del sujeto gravado por ellas, en la medida que éste no puede ser impuesto de forma coactiva y su incumplimiento determina la renuncia al beneficio.<sup>541</sup>

La injerencia en la esfera jurídica ajena que la estipulación a favor de tercero representa, se justifica en aquellos casos en los que el negocio, considerado en abstracto, persigue sólo un beneficio de esa tercera persona, esto es, cuando de él sólo resulta la atribución de un derecho, porque en estos casos cabe inferir el interés de un tercero en la operación, pero si la atribución de un derecho lleva aparejadas obligaciones a cargo del presente beneficiario, no se puede prescindir de su voluntad, pues es él quien debe realizar la necesaria ponderación de lo beneficioso o no de la operación.<sup>542</sup> Por esa razón, esta doctrina trata de hacer compatible el mecanismo de

---

<sup>539</sup> MAIORCA: “Il contratto”, Torino, 1996.p. 362.

<sup>540</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M. “Comentarios al Código Civil español”. T VIII, 5ª ed., editorial Reus. Madrid. 1924, p. 562.

<sup>541</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J: “Notas para un concepto de carga”. RGLJ, 1986, pp 179 y ss.

<sup>542</sup> LÓPEZ RICHART, J: “El contrato a favor de tercero”. op cit, p 402 y ss.



la estipulación a favor de tercero, con la aceptación por parte del beneficiario de las obligaciones puestas a su cargo.

Con independencia de su contenido, se habla de cargas por el imperativo del propio interés, pues su observancia constituye tan sólo una premisa para la obtención de un resultado favorable para el propio sujeto, y bajo este punto de vista, nunca se ha visto inconveniente en reconocer que pesan sobre el beneficiario todas las cargas que están indisolublemente unidas a la condición de acreedor, o que puedan venir impuestas por la ley o por el propio contrato.<sup>543</sup> Por cuanto el beneficio que se constituye en favor del paciente es un servicio, en concreto, (asistencia sanitaria), la carga exigible al perceptor es la que naturalmente resulta de una correcta utilización del servicio.

No obstante lo expuesto, desde hace algún tiempo se observa una tendencia que trata de extender el ámbito de aplicación del contrato a favor de tercero, sobre la base de considerar que el beneficiario puede ser destinatario no sólo de un derecho o beneficio, sino de auténticas obligaciones, ya frente al promitente, frente al estipulante o frente a una cuarta persona. En particular, pensamos en la obligación del paciente de pagar la prima a la Compañía.

En Francia, la cuestión se ha planteado a las resultas de dos sentencias<sup>544</sup> en las que la Corte de Casación afirma de forma categórica que la imposición de un cargo u obligaciones al beneficiario, aceptadas por éste, no excluye la existencia de una estipulación a favor de tercero.

La jurisprudencia, superando el estrecho margen que le suministra el Código francés, ha creado un concepto nuevo, el de estipulación a favor de tercero con obligaciones a cargo del beneficiario, que haría posible la celebración de auténticos contratos para tercero (*contrat pour autrui*).<sup>545</sup> De ser admisible esta figura en nuestro ordenamiento, explicaría por sí sola el esquema contractual que tratamos de desentrañar con esta

---

<sup>543</sup> GASPERONI, N. "Apposizione di oneri a beneficio nel contratto a favore di terzo" En studio in onere di Giuseppe Valeri. Milano 1955, pp 372 y ss.

<sup>544</sup> SS de Casación civil de 8 de diciembre de 1987 (Bull. Civ., 1987, I, n 343) y de 21 de noviembre de 1978 (Bull. Civ., 1978, I, n. 356).

<sup>545</sup> VENANDET, G: "La stipulation per autrui avec obligation acceptée per le tiers bénéficiaire" JCP 1989, I, pp 15 y ss.

tesis. Un convenio suscrito entre compañía y facultativo en beneficio del paciente que tendría derecho al servicio sanitario con la carga de usar correctamente el servicio y la obligación de satisfacer la prima a la compañía.

Con sustento en los dos fallos casacionales descritos, algunos consideran en nuestro país vecino, que no existe obstáculo para que el contrato contenga, además de la estipulación a favor de tercero, una convención accesorio dirigida a imponer determinadas obligaciones a cargo del beneficiario, de forma que la obligación no nace de la estipulación, sino del pacto accesorio una vez que es aceptado por el beneficiario. Se trataría de dos operaciones distintas que se articulan calificando la aceptación de la obligación puesta a cargo del beneficiario como una condición de la que se hace depender la estipulación a favor de tercero, o el derecho adquirido en virtud de la estipulación.<sup>546</sup>

La aceptación del beneficiario cumpliría dos funciones distintas, por un lado permitir el nacimiento de la obligación y por otro consolidar el derecho ya adquirido, al poner fin a la facultad de revocar del estipulante. Esta doble función, permite reconocer en el beneficiario una doble condición, la de ser tercero en cuanto al contrato que determina la estipulación en su favor y por otro lado parte en la medida que aquel pone a su cargo una obligación.<sup>547</sup>

Nuestro ordenamiento no admite que una persona pueda ser al mismo tiempo parte y tercero, en relación a un mismo contrato. En derecho francés, entraña menor complejidad dicha disquisición porque parece superar los criterios voluntaristas, para centrarse en comprender e identificar cuantas personas se involucran en el círculo subjetivo de los contratantes.<sup>548</sup> Así, la admisión del ingreso sucesivo “ex post”, de un sujeto en un contrato anteriormente celebrado, permitiría que todos los miembros de un grupo de contratos fueran calificados como parte.

---

<sup>546</sup> AUBERT, J.L.: “Validité de la stipulation pour autrui dont le bénéficiaire souscrit á certaines obligations”. D. 1989, pp 233 y ss.

<sup>547</sup> AUBERT, J.L.: “Validité de la stipulation pour autrui dont le bénéficiaire souscrit á certaines obligations”. ob cit, pp 233 y ss.

<sup>548</sup> ALVAREZ MARTÍNEZ, G.I. “Los grupos de contratos en el crédito al consumo”. Tesis doctoral. La Coruña 2008, pp. 350 y ss.

Ya matizamos en su momento al respecto de esta reflexión, que una cosa es entrar en la relación contractual ya constituida lo que sería una novación cumulativa y otra muy diferente la de celebrar “otro contrato” con una de las partes contractuales del contrato antedecente.

Según el derecho francés, el beneficiario de una estipulación contractual sería parte y no tercero en cuanto a que estaría sometido al efecto obligatorio del contrato o estipulación contractual a su favor,<sup>549</sup> en tanto que para las demás son terceros.<sup>550</sup>

En nuestro sistema la carga o modo, es un elemento accidental del contrato, que no puede calificarse de obligación accidental u obligación de reciprocidad a la prestación debida por el promitente, en definitiva, no forma parte del sinalagma contractual. No es posible imponer al tercero la ejecución de una prestación de reciprocidad a la debida por el promitente, porque si así fuera y el tercero la aceptara dejaría de ser tal para convertirse en parte contratante. “Solo en el caso de que la ventaja estipulada exija una contraprestación por parte del tercero, la ventaja no queda adquirida por efecto de la estipulación que ha tenido lugar entre las partes, y la aceptación del tercero no tiene ya solamente el efecto de hacer definitiva la estipulación intervenida, sino que es un dato necesario para efectuar la adquisición y quedar obligado a la contraprestación. Pero de ese modo se sale fuera del ámbito del contrato a favor del tercero, y se incurre, en la figura del negocio plurilateral, en el que cada una de las partes de la primera estipulación declara también al tercero, y éste, a su vez, realiza en orden a ellas una propia declaración, en sentido “convencional”, de aceptación”.<sup>551</sup>

Es cierto que el contrato debe ser obligatorio no sólo para aquellos que han intercambiado su consentimiento, sino también para todos aquellos a quienes les concierna como acto de previsión y de equilibrio patrimonial. Con todo, no es menos cierto que el propio contrato puede contener estipulaciones a favor de tercero que le facultan a accionar contra el promitente en el marco del propio contrato, lo que en

---

<sup>549</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE, C. “De l’élargissement de la notion de partieaucontrat ...á l’élargissement de la portée du principe de l’effetrelatif”, op, cit. pp. 281 y ss.

<sup>550</sup> BACACHE-GIBEILI, M., “La relativité des conventions et les groupes de contrats”, op, cit., pp 177 y ss.

<sup>551</sup> BARBERO, D: “Sistema istituzionale del Diritto privato italiano”, t. I, 3ª ed., Utet, Torino, 1962, p. 617.

modo alguno implica una desnaturalización del concepto de parte ni atenta contra el principio de relatividad contractual. Cosa muy distinta es que se pueda considerar la posibilidad de que el beneficio estipulado en el contrato, singularmente considerado, imponga una obligación al beneficiario hacia el estipulante que ni siquiera es materia del contrato ni está tratada en el mismo.

Si como consecuencia de la aceptación, el tercero no deviene sólo titular de un derecho, sino al mismo tiempo se convierte en deudor de una obligación, en particular el pago de la prima al estipulante, que incluso puede ser la contraprestación de la que el promitente asume frente a él, su posición se aproxima demasiado a quien es parte del contrato,<sup>552</sup> tanto que parece que habría que reconocerle prerrogativas que generalmente son negadas al beneficiario de la estipulación, como la de ejercitar acciones de nulidad o de resolución por incumplimiento.<sup>553</sup> El establecimiento y exigencia de la prima al beneficiario no es materia del contrato que suscriben estipulante y promitente, no se contempla y como consecuencia de ello difícilmente puede ser exigida por ninguna de las partes en el ámbito del contrato a tercero.

No obstante, algún autor insiste en considerar que no existe inconveniente en que el beneficiario asuma obligaciones no comprendidas en el contrato pactado en su beneficio, sobre la base de diferenciar la obligación de la carga y considerar que sí se puede defender la existencia de un contrato en beneficio de tercero que imponga exclusivamente una carga al beneficiario.<sup>554</sup>

Parte esta concepción de que la distinción entre obligación y carga, reside fundamentalmente en las consecuencias derivadas de su incumplimiento. Así, no habría ningún inconveniente en que una conducta, que en otras condiciones sería calificada como una obligación, pueda ser puesta a cargo del beneficiario, siempre que del contenido del negocio resulte que ésta aparece configurada como una carga, esto es, siempre que su incumplimiento no pueda generar otra consecuencia que la falta de

---

<sup>552</sup> VALLANSAN, J.: "La rétrocession indirecte des exploitations par les SAFER et la stipulation pour autrui.", Rep. Defr., 1990, art. 34884, pp 1189 a 1190.

<sup>553</sup> GHESTIN J., BILLIAU M. y JAMIN Ch. "La stipulation pour autrui." ob cit., pp 406 y ss.

<sup>554</sup> LEITE DE CAMPOS, D. "Contrato a favor de terceiro", 2ª ed., Livraria Almedina. Coimbra. 1991., pp 115 y ss.

adquisición o la pérdida del derecho, pero sin que en modo alguno pueda serle impuesto coactivamente su cumplimiento.<sup>555</sup> Característica de la carga sería que no viene establecida para satisfacer cierta pretensión de otros, sino para poder ejercer posiciones jurídicas propias.<sup>556</sup> Así todo, seguimos encallando en el hecho incontrovertible de que la carga del “pago de la prima” no resulta del contenido del contrato en beneficio de tercero, tan sólo cabe inferirlo del esquema negocial del seguro sanitario lo que no es suficiente para justificar la figura.

El contrato en beneficio de tercero no agota el sistema de responsabilidad sanitario ni explica por sí solo el conjunto de relaciones jurídicas que lo comprende. El hecho de considerar que la prima es una carga de la posición del beneficiario, cuyo no abono supone el abandono del servicio contratado en su favor (*derelictio*), no explica el hecho de que quede su exigibilidad al margen del propio contrato, y como ya hemos dicho el concepto de tercero no es compatible con el concepto de parte. Precisamente el hecho de que el paciente sea tercero en este contrato viene explicado por el hecho de que no existe contrato alguno entre el facultativo y el paciente.

El contrato en beneficio de tercero en el ámbito del contrato de seguro sanitario, no puede ser contemplado de forma aislada, sino en conjunto con la póliza, contratos ambos con sustantividad propia pero con efectos cruzados y es la contemplación e interpretación conjunta de ambas figuras contractuales, la que explica el cuadro negocial y por tanto el sistema de responsabilidad contractual que deriva del mismo.

La configuración contractual en el marco de los contratos de seguro sanitario se presenta como plural y los contratos descritos que se integran en el sistema de prestación del servicio sanitarios no funcionan de forma independiente, sino que cada uno de ellos incide en la existencia, validez y eficacia del otro, y han de interpretarse el

---

<sup>555</sup> MOSCARINI, L.V.: “Il negozi a favore di terzo”. Giuffrè editore, Milano 1970, pp 275 y ss.

<sup>556</sup> Según SANTI ROMANO, se tiene una carga cuando la ley (incluimos la autonomía de la voluntad), pone a cargo de alguien un acto, no obligando a cumplirlo, pero estableciendo que si no lo cumple, arriesga a perder o no conseguir un resultado útil. “Corso de diritto amministrativo”, p. 157.

uno en virtud del otro, no de forma aislada.<sup>557</sup> Los intereses de las partes, no se satisfacen a través de una relación simple.

Las compañías sanitarias, en el ejercicio de la libertad de empresa, y habilitadas administrativamente para ofrecer servicios sanitarios a través de operaciones de seguro, se dotan a tal fin de una estructura de provisión o servicio a sus clientes. Los servicios médicos, en sentido estricto se configuran como actividad ajena a la que es propia a estas empresas (actividad esencialmente asegurativa). A tal efecto suscriben con profesionales y centros asistenciales contratos o conciertos que pueden ser de naturaleza laboral, civil o mercantil, a tiempo total o parcial, pero que en definitiva revisten las características del contrato a favor de tercero y que tiene como efecto inmediato, la inclusión de tales profesionales o centros (promitente) en los cuadros facultativos de las compañías (estipulante), que se ven vinculadas a la actuación profesional de éstos frente a sus clientes, por cuanto dichos cuadros médicos forman parte integrante de la oferta asistencial que se dirige y que contratan los asegurados.

El contrato en beneficio de tercero suscrito contiene además la regulación de otros aspectos como son la propia retribución por los servicios que los profesionales han de dispensar y las condiciones en que se hará. Este contrato es perfecto desde que concurre el consentimiento de las partes en obligarse.

El beneficiario que es el paciente puede estar determinado o ser determinable en atención a su presente o futura vinculación a la compañía y no ha de pagar contraprestación alguna al promitente a las resultas de la prestación de la que se beneficia.

Como ya analizamos, nuestra jurisprudencia requiere, en atención a la exigencia contenida en el artículo 1257.2 CC un acto de adhesión por parte del beneficiario, bien sea expreso o tácito y que en nuestro caso se infiere de otro negocio jurídico que está conectado con éste: el contrato de seguro que suscribe el paciente con la compañía.

La voluntad de adhesión del asegurado al contrato propuesto por la compañía implica:

---

<sup>557</sup> LORENZETTI, R. "Tratado de los contratos" ob cit, p. 36.

- Consentimiento contractual en el contrato de aseguramiento.
- Determinación de la persona del beneficiario y aceptación implícita del beneficio pactado entre estipulante y promitente.

El contrato suscrito entre la compañía y el paciente/asegurado, es un contrato con reciprocidad de prestaciones entre las partes contratantes. Ese último paga una prima en virtud de la cual la primera asume el riesgo contractualmente estipulado, en relación a cuya concurrencia suministrará servicios sanitarios seguros y eficaces. Servicios a los que son de aplicación criterios de responsabilidad que son propios a la actividad que desarrollan las compañías y diversos de los criterios de responsabilidad propios de los facultativos o sanitarios.

Es la confluencia de ambos tipos, bajo una causa común, la que posibilita el suministro de asistencia sanitaria al asegurado y aporta un cuadro homogéneo de responsabilidad en el ámbito de conexidad contractual.

Hay autores que niegan ésta posibilidad sobre la base de que en aquellos supuestos en los que la obligación puesta a cargo de tercero representa la contraprestación de la que el promitente haya asumido frente a él, hablar de un contrato a favor de tercero conduciría a obviar uno de los presupuestos estructurales de la figura, (el que le distingue de la representación), puesto que faltaría el sacrificio patrimonial del estipulante,<sup>558</sup> sin embargo este requisito ya ha quedado de antiguo muy matizado abandonándose la exigencia de un interés en el estipulante de tipo patrimonial para entender suficiente un simple interés personal o de afectación, incluso organizativo.<sup>559</sup>

Ejemplo de ello, en el seguro de vida el estipulante no se hace prometer ninguna prestación para sí, ni realiza ninguna donación a la compañía aseguradora y resulta complicado ver el interés patrimonial en el pago del capital asegurado a un tercero, salvo que fuera acreedor del estipulante.<sup>560</sup>

---

<sup>558</sup> MAJELLO, U.: "L'accordo delle parti e gli obblighi del terzo beneficiario nella stipulazione a favore altrui." *Foro pad.*, 1962, I, col. 281.

<sup>559</sup> BUFFELAN-LANORE, Y.: "Droit civil. Deuxième année.", 5ª ed. París-Milán-Barcelone, 1995, p 92.

<sup>560</sup> POTHIER, R.J.: "Traité du contrat d'assurance." Marseille, 1810, p 35.

## **2.4.- Vinculo de responsabilidad de estipulante y promitente frente al beneficiario.**

Con carácter previo, debemos incidir en el hecho de que prescindimos en el planteamiento del epígrafe, de las diversas teorías que en pro de una solución *pro damnato*, en el ámbito del proceso civil, relativizan las diferencias existentes entre los sistemas que de responsabilidad civil contractual y extracontractual.<sup>561</sup> Lo hacemos en la confianza de que no es necesario relativizar nada, sino solo definir correctamente las relaciones jurídicas que vinculan a los intervinientes en el proceso de provisión de asistencia sanitaria al asegurado en el ámbito de los seguros de asistencia médica. Creemos que nuestros juzgados y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, tienen que limitarse a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado de acuerdo con el sistema de fuentes existente, y no les compete en la aplicación de la ley al caso concreto, desvirtuar los regímenes jurídicos que determina precisamente la ley, por más que se haga en interés del damnificado.

El sistema de provisión de asistencia de los seguros sanitarios implica, como sabemos, la concurrencia de diversas relaciones jurídicas (asegurado/compañía, compañía/médico, médico/asegurado), vinculadas en la realización de un fin común: proveer asistencia sanitaria al asegurado. Si partimos de la premisa de que una de ellas es de corte obligacional y no contractual, porque entendemos que médico y paciente no suscriben contrato alguno, ésta circunstancia nos impide aplicar la doctrina de los contratos conexos precisamente porque no hay regulación que contemple un esquema como el descrito y es presupuesto esencial en la doctrina de la coligación contractual que las distintas relaciones orientadas al fin común, bajo una causa común, tengan esa naturaleza (contractual).

Si no hay contrato, la pretensión por la que se pretende exigir responsabilidad al facultativo, debe necesariamente vehicularse a través de una acción de naturaleza extracontractual.

---

<sup>561</sup> Resulta muy ilustrativo el aserto de la STS de 1 de julio de 1997 (RJ 1997, 5471) que reitera la de 8 de junio de 1998 (RJ 1998,3717), cuando textualmente dice: “La aplicación del referido artículo 28 LCU”, actual 148 TRLCU, “no excluye los artículos 1902 CC, 1903 CC, e incluso el 1101 CC.”



Por otro lado, la legislación vigente en materia de seguros, prohíbe a las compañías realizar actividades diversas de las estrictamente asegurativas, es decir distintas de la organización, financiación y provisión del servicio. La ley, sí les autoriza a concertar con médicos o centros hospitalarios o asistenciales la atención médica al asegurado. Es el médico y no la compañía, la que presta el servicio, limitándose la entidad aseguradora a organizar su provisión. Desde esta perspectiva, el acto médico como tal, es un hecho ajeno a las compañías, y cualquier pretensión del asegurado contra ésta, a las resultas de un daño producido por acto médico, necesitará vehicularse a través de una acción de responsabilidad extracontractual por hecho ajeno con base al artículo 1903.4 CC, siempre que el daño médico se sitúe en la órbita de la póliza mediante la acreditación por el demandante de la existencia de una relación de dependencia del facultativo autor del daño con la compañía. Dependencia que deriva de la inclusión de tales profesionales en sus cuadros médicos a las resultas de los conciertos mencionados, que determinan en suma, su pertenencia a la estructura y esquema de provisión del seguro.

Si por el contrario, el daño deriva de la actividad asegurativa, es decir de la organización, financiación o provisión del servicio, al ser una actividad propia de la compañía que ha contratado con el asegurado, la responsabilidad es contractual, con base en el artículo 148 TRLCU. La responsabilidad que postula la Ley es una responsabilidad de corte objetiva, que se ciñe estrictamente a la actividad asegurativa de la compañía y deja fuera al acto médico, que responde a criterios subjetivos y culpabilísticos.

Si no es posible determinar el origen del daño o en éste intervinieron compañía y médico, surge un problema para el actor, que tiene que articular su pretensión en la demanda, con base a criterios que obedecen a sistemas contradictorios y no compatibles. El daño es único, pero la responsabilidad del médico es extracontractual con base en el artículo 1902 CC, la responsabilidad de la compañía por acto médico, extracontractual por hecho ajeno con base en el artículo 1903.4 CC y la de la compañía por defecto o fallo en la organización o provisión del servicio contractual con base en el artículo 148 TRLCU.

No buscamos una solución que garantice a toda costa hacer efectiva la expectativa de indemnización del demandante perjudicado por el acto médico, justificando la responsabilidad de la compañía sanitaria como último garante contractual del derecho del asegurado a recibir una indemnización. Tan sólo tratamos, con la legislación existente, de buscar una solución coherente al dilema que se presenta al demandante a la hora de entablar una acción de responsabilidad civil por daño médico producido en el funcionamiento de un seguro de asistencia sanitaria.

Si consideramos, que el concierto que suscriben compañía y facultativo es un contrato en beneficio de tercero, siendo este el asegurado. El beneficiario de la prestación, acreedor de la asistencia sanitaria tiene acción de naturaleza contractual contra el facultativo, promitente por daño médico. Además, el hecho de conceptuar la vinculación del asegurado con el médico como contractual, nos permite aportar la pieza que faltaba para solventar el problema que mantenía la regulación de este negocio complejo al margen de la doctrina de los contratos conexos.

Ya apuntábamos, que para la doctrina de la conexidad contractual, no es relevante el hecho de que los diversos contratos que integran el complejo jurídico hayan sido celebrados en un mismo instrumento, que coincidan en el tiempo, o que medie identidad de sujetos, habida cuenta que el nexo puede operar entre negocios jurídicos concluidos por las mismas partes o entre partes diversas, ni siquiera es relevante el hecho de la pluralidad subjetiva de intervinientes. Lo que es importante, es acudir a la causa del negocio, si la causa es única, aún cuando sea compleja, se tendrá negocio único.<sup>562</sup>

El grado de interconexión y vinculación contractual en la realización de la función económico social que informa el conjunto es evidente y los contratos que concierta la compañía con los facultativos tienen un carácter instrumental dentro del negocio, porque posibilitan la estructuración y el sistema de provisión de una actividad que no es dispensada directamente por la compañía y que es financiada de forma indirecta,

---

<sup>562</sup> MESSINEO, F. "Manual de Derecho Civil y Comercial", Ed. Jurídica Europa-América, Bs. As., 1971, Tomo II, pág. 341.

por cuanto los profesionales reciben sus emolumentos, no de los pacientes que suscriben las pólizas, sino de la compañía que cobra las primas.

La doctrina de los contratos conexos trata de superar las potenciales vicisitudes del suceso de interconexión contractual constituyendo un vínculo de responsabilidad solidaria entre los distintos empresarios o intervinientes en el complejo jurídico, siendo ésta, la consecuencia más importante de la aplicación a nuestro objeto de estudio del sistema de vinculación contractual, alejándose de este modo del mecanismo de responsabilidad subsidiaria, casi generalizado en los sistemas de vinculación legal, dado que éste dificulta la comprensión de un verdadero caso de interconexión contractual, al limitar preceptivamente el ámbito de responsabilidad legal a uno de los empresarios (por lo general el prestamista) en supuestos de hecho en los cuales la organización contractual por parte de los intervinientes en el proceso es manifiesta.<sup>563</sup>

Lo que subyace en definitiva en la conexidad contractual es la presencia de algún tipo de acuerdo entre dos o más intervinientes en la conclusión de la operación jurídica de adquisición del producto o servicio que determina la responsabilidad solidaria de los intervinientes en un todo negocial donde existen productos o servicios pertenecientes de ordinario a mercados distintos (productos de consumo, crédito o servicios).

En la solidaridad contractual, con sede en el artículo 1137 CC,<sup>564</sup> la responsabilidad de una pluralidad de sujetos proviene de una sola obligación que ha nacido de un solo hecho jurídico: el convenio generador; de manera que es razonable que las consecuencias del incumplimiento de la obligación en sí misma considerada afecte a todos sus sujetos, puesto que sólo hay una obligación.<sup>565</sup> La solidaridad que postula la

---

<sup>563</sup> HILL-SMITH, A.G.L. "Consumer credit Law and practice". Sweet& Maxwell. 1985. pp. 120 y ss.

<sup>564</sup> "La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria."

<sup>565</sup> ATAZ LOPEZ, J.: "La llamada solidaridad propia en la jurisprudencia del TS" Cáceres 2006, pp. 7 a 12. ATAZ LÓPEZ: "La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", INIURIA (Revista de responsabilidad civil y seguro), 1995, nº 5.

doctrina de la conexidad contractual plantea un escenario diverso, por cuanto hablamos de responsabilidad derivada de convenios diversos.<sup>566</sup>

La doctrina ha reconocido junto a la denominada "solidaridad propia", regulada en nuestro Código civil (artículos 1.137 y siguientes), que viene impuesta, con carácter predeterminado, *ex voluntate* o *ex lege*, otra modalidad de la solidaridad, llamada "impropia"<sup>567</sup> u obligaciones *in solidum* que dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y surge, cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades.<sup>568</sup> Al intervenir una pluralidad de sujetos en la contribución del daño, el perjudicado puede reclamar a distintas personas su reparación, no tanto porque hayan concurrido todos a la producción del

---

<sup>566</sup> ATAZ LÓPEZ, J: "Tutela jurdicial efectiva y efectos de la solidaridad", en Derecho Privado y Constitución, nº 20, 2001. COBO PLANA, J.: "Responsabilidad y solidaridad. Litisconsorcio necesario. Llamada en garantía", en Garantías y responsabilidades en la Ley de Ordenación de la Edificación, Madrid 2000., pp. 22 a 29. GÓMEZ CALLE, E.: "Tratado de Responsabilidad civil" Tomo I. Thomson. Aranzadi. 2008., pp. 486, citando las sentencias de 21 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 9747) y 12 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8821). Son muy escasos los supuestos en los que el Tribunal Supremo determina la falta de solidaridad lo que se debe a la conocida tendencia a la extensión de la solidaridad.

<sup>567</sup> La solidaridad es impropia por cuanto no se deriva de pacto (expreso o implícito) ni de norma legal, frente a la solidaridad propia que nace de alguna de dichas fuentes. Sentencias en esta línea hay varias, podemos citar a modo de ejemplo las SSTs de 26 de enero de 2006 (RJ 2006, 416) y 24 de mayo de 2004 (RJ 2004, 4033) y En esta línea resulta especialmente significativa la STS de 18 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 3146), pues en ella se discute que la solidaridad establecida para los casos de pluralidad de causantes del daño, en supuestos regulados por el artículo 1902 del Código civil, merezca la denominación de impropia, ya que en estos casos la solidaridad "nace del mismo precepto", a diferencia de los supuestos englobables en el artículo 1591 CC, donde sí es adecuada la denominación de impropia. Pocas veces podremos ver una admisión tan clara, por parte del Tribunal Supremo, de que nos encontramos ante una verdadera interpretación correctora de la norma del artículo 1137 CC, puesto que se está admitiendo que la solidaridad impropia lo es porque no se deriva ni siquiera de una interpretación de la ley.

<sup>568</sup> SAP Madrid de 14 julio de 2009 (AC 2009,1865).

daño,<sup>569</sup> sino porque exista imposibilidad de determinar cuotas o grados de participación en el mismo.<sup>570</sup>

Tradicionalmente se viene apreciando ese fenómeno ante casos en que dos o más personas contribuyen a la producción del daño, bien realizando conjuntamente la acción que lo provocó, en cuyo caso habría pluralidad de sujetos en sentido propio,<sup>571</sup> bien en los casos de concurrencia causal, es decir, cuando a cada uno de los responsables puede imputársele una acción u omisión diferente, pero todas ellas han contribuido a la producción del daño.<sup>572</sup> La obligación de varios deudores solidarios frente al acreedor no necesita basarse en la misma causa o fundamento jurídico.<sup>573</sup>

“No es una misma deuda compartida aquella en la que andan comprometidos los deudores *in solidum*. Sencillamente, varios sujetos vienen obligados por la producción de un mismo hecho jurídico, pero teniendo cada uno su razón de deber, aunque se acuse un paralelismo entre las prestaciones puestas a cargo de las mismas. Ellos deben *totidem*, es decir, cada uno el todo.”<sup>574</sup> El resarcimiento que se postula es íntegro, no

---

<sup>569</sup> SÁNCHEZ JORDÁN, M.E.: “La interrupción de la prescripción en los supuestos de solidaridad impropia: su incidencia en la solidaridad de los intervinientes en el proceso de ejecución”, Revista crítica de derecho inmobiliario. Año 80, número 685. 2004, p. 2449 nota 2. Se hace mención a una sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9911) que recoge un supuesto en el que se produce un incendio de un hotel debido al mal estado de las instalaciones, y que no puede ser sofocado debidamente por el mal funcionamiento del servicio municipal de bomberos.

<sup>570</sup> SAP de Madrid de 13 octubre 2014 (AC 2014, 1712) y de Ourense de 27 de mayo de 2009 (AC 2009,1576). SSTs de 6 de octubre de 2006 (RJ 2007, 701).

<sup>571</sup> Como supuestos de este tipo pueden citarse los daños ocasionados como consecuencia de una riña tumultuaria.

<sup>572</sup> En este grupo puede citarse a modo de ejemplo el desbordamiento de un río propiciado por un mal funcionamiento de la presa y por el uso abusivo de una escombrera que hacía de parapeto natural contra las aguas o el animal que penetra en una autopista a través de un boquete en la valla protectora y provoca un accidente de circulación. Lo que sí es imprescindible en todos los casos es que no sea posible determinar el porcentaje en que cada una de ellas ha contribuido al daño final. Aunque los casos de concurrencia causal y de causa única con pluralidad de sujetos son teóricamente muy diferentes, la jurisprudencia no suele distinguirlos, y lo más normal es que simplemente se hable de pluralidad de sujetos responsables.

<sup>573</sup> LARENZ: Derecho de obligaciones, trad. y notas de SANTOS BRIZ, Ed. Revista de Derecho Privado, tomo I, págs. 513 y ss.

<sup>574</sup> SOTO NIETO, F. “Dinámica de la obligación solidaria. La obligación *in solidum*”.

[http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344058744?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1980\\_1220.pdf&blobheadervalue2=1288776326204](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344058744?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1980_1220.pdf&blobheadervalue2=1288776326204)

debiendo confundirse la pluralidad de responsabilidades o responsables con pluralidad de indemnizaciones por los defectos”.<sup>575</sup>

El daño padecido por el asegurado, constituye un hecho originador único; pero del lado pasivo surgen una serie de deudas diferenciadas, con raíz etiológica propia, y que confluyen en el daño. La responsabilidad de la compañía es relativa a la actividad asegurativa y la del profesional, relativa al acto médico en sentido estricto. La falta de determinación del grado de participación de ambos agentes (compañía y facultativo) en el daño, genera en el ámbito de la conexidad contractual, un vínculo de responsabilidad solidaria *in solidum*, que faculta al asegurado a solicitar en demanda la restitución *in integrum*, a cualquiera de ellos,<sup>576</sup> de los daños y perjuicios padecidos, sin perjuicio del derecho del condenado en sentencia, a exigir de los copartícipes en el hecho lesivo, la parte que a aquellos corresponda.

Así, debemos distinguir dos esferas de responsabilidad en la solidaridad impropia, uno “ad extra”, hacia el paciente damnificado, que se presenta como una responsabilidad única que deriva de una unidad de prestación con el objetivo único de resarcir al interesado,<sup>577</sup> y otro “ad intra” que se encarna en la acción de reembolso que asiste al deudor solidario que haya hecho frente a la totalidad de la obligación resarcitoria desapareciendo entonces la solidaridad que rige en las relaciones externas, frente al perjudicado acreedor, para pasar a regir en las internas la mancomunidad.<sup>578</sup>

Al respecto se nos puede objetar, que la vinculación con base criterios de solidaridad impropia ya se está aplicando en la actualidad en las sentencias de nuestros tribunales y en supuestos de concurrencia de responsabilidades con fundamentos distintos como es el caso de las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997, (RJ 1997, 5471) y de 9 de junio de 1998 (RJ 1998, 3717) que dicen textualmente “La aplicación del referido art. 28” (están hablando de la LCU, actual artículo 148 TRLCU), “no excluye el art. 1902 o 1903 CC, e incluso el 1.101, y es que es evidente que la medicina actual,

---

<sup>575</sup> SAP de Albacete de 30 abril 2007 (JUR 2007,280379).

<sup>576</sup> Matizaremos ésta afirmación en el epígrafe siguiente al tratar la problemática de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

<sup>577</sup> STS de 7 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3464).

<sup>578</sup> STS de 6 de marzo de 2015 (LEY 18357,2015).

ejercida en grandes centros u organizaciones hospitalarias determina que muchas veces resulte difícil, cuando no imposible, identificar al sujeto concreto responsable de un acto sanitario, sin que ello pueda impedir la indemnización del perjudicado por tal acto asistencial cuando haya lugar a la misma.” La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1998 (RJ 1998, 3717), señala:”.... La indemnización es solidaria.”

Cuando se habla de fundamentos distintos, creemos un error identificar esa diversidad con el sistema de responsabilidad aplicable, y en su consecuencia dar por válida la concurrencia de culpa contractual y extracontractual en un mismo procedimiento, para determinar un vínculo de solidaridad impropia que garantice la indemnización al perjudicado.

Defendemos que los sistemas de responsabilidad civil contractual y extracontractual son incompatibles<sup>579</sup> y la solidaridad impropia no aporta solución a esa bipolaridad porque tiene la particularidad, frente a la que proviene de la ley o del contrato, que es una solidaridad “ex post facto”,<sup>580</sup> y por tanto se determina en sentencia, lo que no

---

<sup>579</sup> A sensu contrario nuestro Tribunal Supremo en diversas resoluciones se muestra proclive al binomio TRLCU/1903 CC, como única explicación plausible a los supuestos de concurrencia de responsabilidades de compañía y médico en el daño. SSTs de 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7238) y 19 de junio de 2001 (RJ 2001, 4974) “la conexión de estas normas (LCU) con el artículo 1903 del Código civil son evidentes, pues lo que vienen a establecer es que cuando las deficiencias de los servicios que se compromete a prestar la entidad se produzcan dentro del círculo de los médicos, personal sanitario, centros y medios concertados o contratados por aquélla a efectos de la realización de los dichos servicios, existe presumida por la Ley la relación de dependencia a que aquel precepto se refiere, aunque la relación no se formule como dependencia laboral, puesto que basta con la dependencia económica y funcional que subyace bajo los contratos individuales celebrados con aquéllos, para que se produzcan los supuestos normativos de responsabilidad directa y objetiva, lo que no excluye, a efectos internos, que la entidad demandada aseguradora pueda reclamar, dentro de su esquema sanitario, de quién o quiénes produjeran los concretos perjuicios”.

<sup>580</sup> La solidaridad “ex post facto” es una solidaridad que nace de la sentencia, originada por razones de protección al dañado. BLASCO GASCÓ, F.: “Cuestiones propias de una relación solidaria impropia”. Documento digital en SERJUTECA: (<http://www.serjuteca.es/publicaciones.php>), p. 10. La solidaridad impropia podría denominársele solidaridad procesal pues se origina en la propia sentencia condenatoria y que no existía con anterioridad. Peculiaridad derivada de esta nota caracterizadora es que esta especie de solidaridad se agota en la sentencia, de manera que no es posible hacer proyecciones o extrapolaciones de la solidaridad fuera de otros sujetos que no hayan sido demandados y condenados. Téngase en cuenta, que son muchos los supuestos en los que se habla de solidaridad impropia, y sólo en algunos de ellos es predicable esta característica de tratarse de una solidaridad ex post facto. Pero cuando esta circunstancia se dé, no cabe duda de que debe tener una muy importante incidencia en orden al régimen jurídico aplicable.

soluciona al actor el problema de articular su demanda sino acude a las ya estudiadas teorías de relativización de los sistemas de responsabilidad civil, frente a los que buscamos solución en el ámbito de los seguros de asistencia sanitaria.

Resulta esencial en conexidad contractual, determinar la coparticipación de la compañía en la producción del daño. De no ser así, al ser su actividad asegurativa y no asistencial, no cabe deducir responsabilidad contractual alguna. El acto médico supone un hecho ajeno a la compañía, y si cabe exigir responsabilidad a la aseguradora por él, no es a través de una acción de responsabilidad contractual con sustento en el esquema de coligación de los seguros asistenciales, sino a través del cauce que facilita el artículo 1903.4 CC, acción de responsabilidad extracontractual por hecho ajeno.

Nuestro Tribunal Supremo en una resolución reciente de 6 de marzo de 2015 (RJ 2015,836),<sup>581</sup> condena solidariamente a la compañía junto con los facultativos, con base en el artículo 148 TRLCU, por incumplimiento contractual de la obligación de prestar correctamente el servicio médico, tratándose de actuación negligente de los sanitarios, para luego corregir esa atribución de responsabilidad autorizando a la compañía a reintegrarse vía repetición contra los codeudores la totalidad de la indemnización por tratarse de una actividad diversa de la organizativa que le compete.

Resoluciones como la citada nos reafirman en el planteamiento de que “la asunción directa del servicio” a que hace mención el art. 105 LCS, se refiere a su actividad de organización, financiación y provisión, pero no al acto médico.

---

<sup>581</sup> ALVAREZ OLALLA, P. “Acción de repetición de aseguradora sanitaria contra los facultativos de su cuadro médico, por el importe íntegro de la indemnización satisfecha a la víctima, por mala praxis médica. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2015 (RJ 2015, 836)”. En Thomson Reuters. Aranzadi Insigns. STS de 6 de marzo de 2015 (RJ 2015,836). La demandante, una aseguradora de asistencia sanitaria, ejercitó una acción de regreso del art.1145 CC y, subsidiariamente, del art. 1904 CC. La acción tiene como precedente una sentencia anterior en la que la demandante fue condenada de forma solidaria junto a dos médicos por el fallecimiento de una paciente, tras haber sido intervenida y tratada por los citados médicos. La demanda se dirige a recuperar de éstos la cantidad que la aseguradora abonó a resultas de la condena por defectuoso cumplimiento del contrato de asistencia sanitaria que tenía con la fallecida. La sentencia del Juzgado estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados al pago de 83.714,45 euros. Sin embargo, la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia y condenó a cada uno de ellos al pago de 1/3 parte de la cantidad reclamada.



La sentencia determina que compañía y facultativo no concurren en igual manera a la producción del daño. De hecho considera que la responsabilidad de la compañía responde a criterios diversos, y al no ser ella la que origina el daño, sino los facultativos de su cuadro médico, “le autoriza a ejercitar frente a los mismos el derecho de repetición pues tanto la responsabilidad civil derivada de su elección, como la que resulta del contrato de seguro, sería aplicable frente al asegurado perjudicado, pero no en su relación con los médicos dado que ninguna conducta puede reprochársele causalmente vinculada al daño.”

Entendemos que si no puede hacerse a la compañía responsable del daño, no puede condenársela solidariamente con el facultativo habilitándole un derecho de repetición por el todo por cuanto en el fondo, no le correspondía asumir esa indemnización. Reiteramos que no corresponde a nuestros juzgados garantizar el interés del asegurado a percibir una indemnización por daño médico, le corresponde juzgar y ejecutar lo juzgado conforme al sistema de fuentes. En caso contrario se está abonando un escenario de incertidumbre e inseguridad jurídica.

Nuestro trabajo aboga por defender, que nuestros seguros de asistencia sanitaria responden a un esquema de coligación contractual que posibilita al asegurado damnificado actuar contra la compañía por daño derivado de la actividad asegurativa de la compañía, con base a una acción de responsabilidad contractual con base en el artículo 148 TRLCU, que posibilita accionar contra el médico por daño médico por vía contractual y que ante supuestos controvertidos, en los que no quepa discernir el grado de participación de compañía y facultativo en la producción del daño, pueda ejercitar una acción también contractual determinando la responsabilidad de ambos bajo criterios de solidaridad impropia.

Sólo la responsabilidad de la compañía por acto médico queda fuera del seguro, porque el esquema negocial coligado que postulamos no puede explicar la responsabilidad de la compañía por acto médico en términos de responsabilidad contractual. Y no lo explicamos, porque no puede explicarse y la acción tiene que articularse necesariamente por el cauce que determina el artículo 1903.4 CC, y reiterada jurisprudencia analizada en el capítulo tercero de éste trabajo avala dicha

postura, reconociendo relación de dependencia entre los facultativos y la compañía como consecuencia de la inclusión de estos vía concierto en el esquema organizativo y de provisión de las mismas.

### ***2.5.- Excepciones oponibles por el promitente frente a la acción entablada por el beneficiario.***

El convenio que suscriben compañía y facultativo supone, desde su perfeccionamiento, el nacimiento de un derecho subjetivo a favor del asegurado, determinado o determinable en virtud de su adhesión por medio de la suscripción de la póliza, al esquema de provisión de asistencia sanitaria de la compañía.

En el capítulo segundo, epígrafe primero de este trabajo, ya incidimos en el hecho de que el artículo 43 CE, que reconoce el derecho a la salud en sede de los principios rectores de la política social y económica, contiene un mandato dirigido a los poderes públicos para que se hagan efectivas las prestaciones que se definen como contenidos del Estado social y a las que los ciudadanos tienen derecho a acceder en los términos que establezca la legislación positiva. El artículo 43 CE, no configura un derecho subjetivo constitucional, sino que representa "el derecho a que se establezcan derechos"<sup>582</sup>, verdaderos derechos subjetivos, entre ellos el derecho a la asistencia sanitaria.

Expusimos que los artículos 38 CE, 89 LGS, 105 LCS, 4 de la LOSSP y el RD 2486/1998 posibilitan, en reconocimiento del derecho de libertad de empresa en el ámbito sanitario, que entidades privadas de seguros puedan facilitar asistencia sanitaria privada a sus asegurados mediante conciertos con profesionales sanitarios o centros asistenciales que presten dichos servicios, al tener prohibida la compañía el desarrollo de cualquier actividad distinta de la aseguradora.

La responsabilidad de la compañía y del facultativo tienen fundamentos distintos dentro del esquema de responsabilidad de los seguros sanitarios, y las excepciones

---

<sup>582</sup> FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M. "El Servicio Público de la Sanidad: el marco constitucional." Cuadernos Civitas, Madrid 1984, p. 62.

oponibles guardan relación con esa diversidad. En el caso de la compañía, su responsabilidad deriva de la póliza suscrita con el asegurado, en relación a la actividad asegurativa desplegada, y la del facultativo, del contrato celebrado con la compañía en beneficio del asegurado y se circunscribe al acto médico. Aún en el caso de co-participación de compañía y facultativo en el daño sufrido por el paciente, la solución que aporta el vínculo de solidaridad impropia, respeta la diversidad en el fundamento de la responsabilidad de los distintos agentes del daño y las excepciones oponibles por los demandados mantendrán esa sustantividad, a pesar de la solidaridad. Así por ejemplo, la prescripción alegada por uno, como veremos, no beneficia a los demás deudores.

No hay un derecho del estipulante a asistencia sanitaria que sea derivado al beneficiario como consecuencia del contrato que firma con el promitente. El derecho subjetivo del asegurado a percibir asistencia sanitaria es autónomo, y surge de forma originaria del contrato que suscriben compañía y facultativo, que establece una estipulación en su beneficio.

En ejercicio de ese derecho, el asegurado puede exigir al promitente el cumplimiento de la prestación comprometida en su favor o que haga frente al resarcimiento derivado del daño producido por su incumplimiento. En el capítulo tercero, epígrafe primero de este trabajo, ya expusimos que la obligación del médico se configura como una obligación de medios en la que no cabe hablar de previsibilidad del daño sino de cumplimiento o incumplimiento.

La acción que vehicula la pretensión del beneficiario frente al promitente es un auténtico derecho subjetivo procesal, autónomo e instrumental, que le faculta a reclamar ante el juez su derecho. Frente a ella, el promitente cuenta como medios de defensa con las excepciones.

Cuando hablamos de excepciones nos referimos a todos los medios de defensa, excluyentes, impeditivos o extintivos que pudieran asistir al promitente (médico, facultativo o centro médico vinculado a la compañía en la póliza) frente al eventual

ejercicio de una acción de responsabilidad civil del beneficiario paciente afectado por un daño médico.

Se distinguen dos grandes categorías de excepciones: las excepciones procesales o de forma y los medios de defensa o excepciones materiales o de fondo.<sup>583</sup>

Son excepciones procesales, aquellas alegaciones en las que el demandado pone de manifiesto la falta de algún presupuesto procesal, la existencia de algún óbice procesal o la falta de algún requisito de algún acto procesal en concreto. Los supuestos de excepciones procesales que recoge nuestro ordenamiento son: la falta de jurisdicción, competencia objetiva y territorial, falta de capacidad y representación (procesal o técnica), inadecuación del procedimiento, acumulación indebida de acciones, falta de litispendencia, defectuosa formación de la relación jurídico procesal que nos lleva al tratamiento del litisconsorcio, falta de cosa juzgada, falta de reclamación administrativa previa o defecto legal en el modo de proponer la demanda.

Son, excepciones materiales, aquellas que se fundan en cuestiones de derecho sustantivo y que, de ser estimadas, conducen a una desestimación de la demanda y consiguiente absolución, en cuanto al fondo, del demandado. Podemos citar como supuestos de excepciones materiales aquellos en los que el demandado no discute la relación procesal sino el fondo del asunto, persigue una sentencia absolutoria que se pronuncie sobre el objeto del proceso.

Las excepciones materiales implican la introducción de hechos nuevos, que pueden ser clasificados como:

1.- Hechos constitutivos: son aquellos en los que actor basa su pretensión, por ello, él y no al demandante, le corresponde la carga de la alegación y de la prueba de los hechos. Por ejemplo: la contratación de la póliza de seguro de asistencia sanitaria. Si no acredita el actor este extremo la pretensión de indemnización que sustenta la acción de responsabilidad contractual iniciada contra el promitente decaerá.

---

<sup>583</sup> DE LA OLIVA SANTOS. "Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil". Thomson. Civitas. Madrid 2005., pp. 78 y ss.

2.- Hechos impeditivos: son hechos producidos de manera coetánea a los hechos constitutivos que impiden a éstos desplegar su eficacia jurídica. Por ejemplo: el incumplimiento de una condición suspensiva.

3.- Hechos extintivos: son aquellos que, acaecidos con posterioridad a los hechos constitutivos, suprimen o extinguen la eficacia jurídica de éstos. Por ejemplo: el cumplimiento de una condición resolutoria, la extinción del periodo de vigencia del contrato o la caducidad.

4.- Hechos excluyentes: son aquellos que otorgan al demandado un contra-derecho que le permite paralizar, enervar o destruir la pretensión del actor. Se dejaría sin fuerza la acción del actor. Por ejemplo: la prescripción de la acción.

Dentro de las excepciones materiales, la doctrina procesalista distingue entre excepciones materiales propias e impropias. Las primeras están basadas en hechos excluyentes que otorgan al demandante un contra-derecho y que sólo pueden ser estimadas por el Juzgado si el demandado las alega (prescripción) y por otro lado las impropias basadas en hechos impeditivos o extintivos, que pueden ser apreciadas por el Juzgado o Tribunal de oficio si el hecho en que se basan se dedujeran de las actuaciones practicadas en el proceso, (caducidad).

En nuestro estudio nos referiremos fundamentalmente a las excepciones materiales, manteniendo al margen las que tienen carácter procesal, salvo la de litisconsorcio pasivo necesario, en los supuestos de co-participación en la producción del daño de compañía y facultativo, dada la importancia que supone para el actor que la relación jurídico-procesal quede válidamente constituida. Pretendemos responder a la pregunta de si el paciente tiene necesariamente que deducir su pretensión contra todos los que han intervenido en el proceso causal del daño, o en cambio, por entender que la responsabilidad de todos los intervinientes es solidaria, bastaría con deducir la pretensión contra uno de ellos, sea contra la compañía o contra el facultativo o centro incluido en el cuadro médico de la misma.

### **2.5.1.- Litisconsorcio pasivo necesario.**

El párrafo segundo del artículo 12.2 de la LEC, señala “cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa”. Complementa lo especificado en el art. 5.2 de la LEC cuando en éste se establece que “las pretensiones de tutela judicial han de formularse frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida”.

La doctrina del litisconsorcio pasivo necesario, exige llamar al juicio a todas las personas que en virtud de disposición legal o por razón de la inescindibilidad de la relación jurídica material, pueden estar interesados directamente o pueden resultar afectadas en la misma medida por la solución que se dicte en el proceso.

Es discutido el fundamento de la figura por cuanto, frente a quienes alegan que se trata de una exigencia de naturaleza procesal derivada de la necesidad de dar cumplimiento al principio de audiencia evitando la indefensión,<sup>584</sup> se advierte que no es el principio descrito sino el Derecho material el que fundamenta la excepción, el cual nos especificará cuándo una determinada relación jurídico-sustantiva, por ser única, sólo puede ser deducida por el actor, presentando su demanda contra todos los sujetos que la componen.<sup>585</sup> No obstante, entendemos que sólo el examen de la relación jurídico material no es suficiente para determinar la necesidad de la participación de varias personas en un proceso.

Para calificar de necesario al litisconsorcio, la doctrina y la jurisprudencia han tenido en cuenta, tanto el contenido y naturaleza de la relación jurídica material debatida en el proceso, como también y fundamentalmente el grado de afectación o intereses que en esa relación puedan tener las personas no llamadas al juicio por el actor.

El Tribunal Supremo ha reiterado en numerosas ocasiones<sup>586</sup> que para que el litisconsorcio tenga el calificativo de necesario es exigencia imprescindible que el

---

<sup>584</sup> SAP de Ourense de 27 de mayo de 2009 (AC 2009,1576).

<sup>585</sup> MORENO CATENA El proceso civil, (coord. Escribano Mora), Vol. I., Valencia 2001, p. 129.

<sup>586</sup> Por todas STS de 27 de enero de 2006 (RJ 2006, 422).

tercero no demandado en el juicio tenga un interés en éste tan «directo y legítimo» que pueda resultar perjudicado por la sentencia que en él recaiga.<sup>587</sup>

Tiene declarado la jurisprudencia que no es de apreciar tal situación litisconsorcial cuando los posibles efectos hacía terceros se producen, con carácter reflejo,<sup>588</sup> por una simple o mediata conexión, o porque la relación material sobre la que recae, produce la declaración que sólo les afecta con carácter prejudicial o indirecto. En estos casos su posible intervención en el litigio no es de carácter necesario, sino voluntario y adhesivo,<sup>589</sup> ya que la extensión de los efectos de la cosa juzgada no les alcanza, ni se produce para ellos indefensión.

Frente al litisconsorcio necesario, el litisconsorcio cuasinecesario, eventualmente necesario, propiamente no necesario o necesario virtual, así como el jurisprudencial, son figuras que, en general, se utilizan para explicar algunas situaciones jurídicas en las que, existiendo pluralidad de sujetos que actúan en calidad de parte en un proceso determinado, sin embargo, por la peculiaridad de los derechos reclamados no pueden reconducirse ni al litisconsorcio necesario ni al voluntario. Es así, que, en ocasiones, la relación jurídico-material deducida en el proceso exige que recaiga una resolución judicial uniforme para todos los litisconsortes, haciéndose necesaria su presencia en el proceso para evitar una sentencia ineficaz. La sentencia que se dicte afectará no sólo a las personas que figuran como partes en el proceso sino también a determinados

---

<sup>587</sup> Podemos citar como ejemplos a) Obligaciones mancomunadas indivisibles, contemplado en el art. 1139 CC; b) Acción de nulidad del matrimonio ejercitada por el Ministerio Fiscal frente a ambos cónyuges contemplado en el art. 74 del CC; c) Impugnación conjunta de la filiación paterna y materna cuando falte la posesión de estado contemplado en el art. 140 del CC; d) Tercería de mejor derecho cuando el crédito cuya preferencia alegue el tercerista no conste en un título ejecutivo. En estos supuestos, de acuerdo con el art. 617 de la LEC, el tercerista de mejor derecho debe presentar la demanda frente al acreedor ejecutante y al ejecutado. En los demás supuestos, esto es, cuando el crédito no consta en un título ejecutivo, no se exige un litisconsorcio necesario.

<sup>588</sup> Podemos citar como ejemplos: a) el hecho de que la separación judicial tenga como efecto la disolución del régimen económico matrimonial, no por ello hay que demandar a los acreedores de la masa ganancial. b) La demanda entablada por la que se discuta una servidumbre de vistas no implica que haya de demandarse al colindante del predio dominante que también se ve favorecido por el derecho de su vecino.

<sup>589</sup> Sirva de ejemplo la intervención adhesiva que en aplicación del artículo 14 LEC puede interesar un copropietario en régimen de propiedad horizontal que puede verse perjudicado por el eventual fallo de un procedimiento de otro copropietario en el que se discuta el derecho a pagar a pagar un determinado elemento cuyo carácter comunitario o privativo se discute.

terceros, concretamente a aquellos que el ordenamiento jurídico otorga legitimación *ad causam*. En esta clase de litisconsorcio la legitimación *ad causam* es siempre individual, ya que el derecho es de varios, pero no conjunta sino separadamente, de manera que el proceso puede llevarse a cabo válidamente aunque no hayan intervenido todos, puesto que la ley material no impone que todos hayan de demandar o ser demandados. Todos estos supuestos han sido establecidos por la doctrina del Tribunal Supremo en los últimos años por diversas razones, bien por el interés social, por su carácter práctico o para garantizar la seguridad jurídica, etc.<sup>590</sup> El ejemplo más claro que encuadra en este tipo de litisconsorcio es el supuesto de la solidaridad.

El régimen jurídico de la solidaridad de las obligaciones es incompatible con el litisconsorcio necesario porque es intrínseco a la solidaridad el *ius electionis* o *ius variandi*<sup>591</sup> del acreedor que, de acuerdo con el art. 1144 CC, “puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente”. No obstante, dado que los deudores solidarios están en situación de igualdad de calidad, la resolución que recaiga les afectará a todos, hayan o no litigado.<sup>592</sup> La relación jurídica llevada al proceso exige unicidad de fallo, así que la sentencia tendrá el mismo contenido estén todos los deudores solidarios o uno solo, y esta situación que, en la mayoría de los casos requiere limitar el principio de que el actor es el *dominus litis*, no conduce a un litisconsorcio necesario por expresa voluntad del legislador.<sup>593</sup>

Habida cuenta de las particularidades que presenta la solidaridad impropia, frente a la solidaridad contractual en sentido estricto, por ejemplo en el campo de las excepciones y que el fundamento de la responsabilidad de compañía y facultativo son distintos, cabe preguntarnos si cabe entender que iniciado un procedimiento judicial contra el facultativo, se interrumpe la prescripción de la acción para la compañía no traída al proceso.

---

<sup>590</sup> STS de 6 de octubre de 2006 ( RJ 2007, 701).

<sup>591</sup> ATAZ LOPEZ, J.: “La llamada solidaridad propia en la jurisprudencia del TS” Cáceres 2006, p.19

<sup>592</sup> SAP de Madrid de 13 octubre 2014 (AC 2014, 1712) y de Ourense de 27 de mayo de 2009 (AC 2009,1576).

<sup>593</sup> CARRERAS DEL RINCÓN, La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal, Barcelona 1990, p. 16.



La cuestión relativa al plazo de prescripción tiene que ver con el juego de las relaciones internas y las relaciones externas en la obligación solidaria y el efecto de la denominada propagación de la solidaridad en virtud del cual la actuación realizada por cualquiera de los acreedores o deudores solidarios extiende sus efectos a los restantes.

A propósito de lo expuesto, el artículo 1974.1 CC señala, que “la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores”.<sup>594</sup>

Nuestro Tribunal Supremo ha venido aplicando este artículo de una forma más o menos generalizada a supuestos de solidaridad impropia,<sup>595</sup> lo que ha generado no poca controversia en la doctrina.<sup>596</sup>

El cambio de tendencia en este punto lo oficializó la STS de 14 de marzo de 2003 (RJ 2003, 3645).<sup>597</sup> La cuestión debatida, era la de si la primera demanda que excluía a intervinientes el proceso causal del daño interrumpió o no la prescripción contra los que fueron demandados más tarde.<sup>598</sup>

---

<sup>594</sup> CARRERAS DEL RINCÓN: “La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal”, Barcelona 1990., pp. 25 y ss.

<sup>595</sup> Pueden mencionarse la SSTS de 29 de octubre de 2003 (2003, 7773), 8 de mayo de 2001 (RJ 2001, 7379) o 23 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9197).

<sup>596</sup> ATAZ LÓPEZ: “Las obligaciones solidarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (aspectos sustantivos)”, en Las obligaciones solidarias (Jornadas de Derecho Civil en Murcia), Valencia 2002., pp. 141 y ss. BLASCO GASCÓ: “Cuestiones propias de una relación solidaria impropia”. Documento digital localizable en SERJUTECA: <http://www.serjuteca.es/publicaciones.php>., pp. 4 y ss. En particular en la página 7 cita a GARCÍA VARELA como partidario de la opinión contraria. En el mismo sentido podemos citar a YZQUIERDO TOLSADA, M: ob cit. pp.408 y ss.

<sup>597</sup> El mismo planteamiento lo encontramos en SSAP de Murcia de 15 de octubre de 2013, (JUR 2013, 346776), Huesca de 13 de marzo de 2012 (JUR 2012, 191316), y de Santa cruz de Tenerife de 28 de mayo de 2010, (JUR 2010, 9383) y 21 de abril de 2010, (JUR 2010, 11140). En el supuesto de hecho de la sentencia matriz, se había producido un accidente laboral por el que el trabajador demandó a los titulares de la empresa para la que trabajaba así como la promotora de la obra y el arquitecto superior que la dirigía. En la sentencia se condenó a los dos primeros y se absolvió al arquitecto, pero el demandante no pudo cobrar la indemnización por insolvencia de los condenados, por lo que un año después de que la primera sentencia hubiera alcanzado la firmeza (es decir, cuatro años después del accidente), promovió acto de conciliación contra el arquitecto técnico, anteriormente no demandado, para un año después interponer contra él y su aseguradora la demanda que dio origen a la sentencia.

<sup>598</sup> CILLERO, P., La responsabilidad..., 2000, p. 178. SAP Madrid de 14 julio de 2009 (AC 2009,1865): “A esta última especie de solidaridad (impropia) no son aplicables todas las reglas prevenidas para la solidaridad propia y, en especial, no cabe que se tome en consideración el artículo 1974 del Código civil

Para responder negativamente el Tribunal Supremo acude a la circunstancia de que la solidaridad impropia es “ex post facto”, es decir, que no existía antes de la sentencia que la instaura, por lo que difícilmente pudo la primera demanda interrumpir la prescripción contra quienes no fueron demandados en ella. Luego, el efecto interruptivo de la prescripción juega individualmente respecto a cada uno de los demandados.<sup>599</sup>

Al respecto, se ha defendido desde la doctrina, que aunque el sentido del fallo es correcto, no lo es así su justificación, puesto que lo que está en la base de la no aplicación del artículo 1974 CC a estos supuestos, no es tanto el tratarse de solidaridad impropia, o el hecho de encontrarnos ante casos de solidaridad ex post facto, como el que dicho precepto esta presuponiendo la existencia de una sola obligación en donde existan relaciones internas entre los acreedores o deudores, es decir: en la solidaridad regulada por el Código Civil en los artículo 1137 CC y siguientes. El argumento que explica que la interrupción de la prescripción beneficie o perjudique a todos es el de que la prescripción es de la propia obligación. Por lo tanto no cabe aplicar la norma a casos en los que en realidad existen obligaciones diferentes, nacidas de hechos distintos, cada una con su fundamento legal, como ocurre en muchos de los supuestos que caen bajo la denominación de solidaridad impropia.<sup>600</sup>

Podemos deducir, que a pesar de que la doctrina de la solidaridad impropia en el ámbito de los contratos conexos, faculta al demandante a dirigir la acción contra cualquiera de los co-deudores en reclamación del todo, la propia dinámica de las excepciones materiales y su vinculación al fundamento de responsabilidad de cada agente aconseja que sean llamados al proceso todos los que eventualmente puedan tener responsabilidad en el daño, (facultativo, centro médico y compañía sanitaria).

---

en su párrafo primero," fenómeno llamado falta de efecto interruptivo de la prescripción. Sobre el particular citamos la STS de 14 de marzo de 2003 SIC (RJ 2003, 3645) que señala que el Código civil únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente'.

<sup>599</sup> CAFFARENA LAPORTA: “La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen”, en Las obligaciones solidarias, Valencia 2002., pp. 62 y 63.

<sup>600</sup> ATAZ LOPEZ, J.: “La llamada solidaridad propia en la jurisprudencia del TS” Cáceres 2006, p.15 y ss.

Puede haber casos en los que el litisconsorcio pasivo sea verdaderamente necesario, aunque no siempre. Porque se puede demandar al causante material del daño sin demandar a quien también responde por él; pero no al revés, a no ser que la responsabilidad del primero ya hubiera sido establecida. Y posiblemente sea en estos casos en los que se observe con claridad la importancia de distinguir entre lo que es una responsabilidad directa y lo que es una auténtica responsabilidad solidaria.<sup>601</sup> Se puede predicar la responsabilidad del facultativo sin demandar a la compañía, pero difícilmente se podrá obtener un fallo condenatorio de la compañía, si no se demanda al facultativo o centro que directamente produjo el daño por acción u omisión.

Si el litisconsorcio pasivo necesario pretende impedir bien que una sentencia afecte a quien no fue parte, bien que se produzcan dos sentencias contradictorias,<sup>602</sup> la sentencia no produce extensión del efecto de cosa juzgada en contra de los no llamados, presuntos autores materiales de los daños, puesto que en su caso la pretensión que se podría ejercitar contra aquellos se fundaría en otras relaciones jurídicas distintas de las esgrimidas en la demanda, como sería el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los respectivos contratos de servicios o de obra con ellos concertados.<sup>603</sup>

Ejemplo similar es el que ofrecen los casos de acción directa del artículo 76 LCS, en particular en el supuesto de la acción directa contra el asegurador, en los que es claro que éste, en cuanto lo que ha asegurado es la responsabilidad civil de su cliente, sólo responde en tanto en cuanto el cliente sea verdaderamente responsable, tampoco hay base legal para entender que el empresario pueda ser responsable por los hechos del dependiente, si el dependiente no es responsable él mismo. Del mismo modo, no cabe exigir responsabilidad a la compañía aseguradora si al profesional facultativo del cuadro médico de la compañía no le era exigible una actuación diferente.

---

<sup>601</sup> GÓMEZ CALLE, E: "Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad civil por hecho ajeno", en Tratado de responsabilidad civil dirigido por REGLERO, 3ª edición. 2006. pp. 508 y ss.

<sup>602</sup> EGUSQUIZA BALMASEDA: "La responsabilidad solidaria en el ámbito civil: perspectiva jurisprudencial", Aranzadi civil, 1994-II.

<sup>603</sup> SAP de Madrid de 13 de octubre de 2014 (JUR 2014, 1712) en relación con STS de 24 de noviembre de 1980 (RJ 1980, 4211).

Es evidente que en estos casos, si no se demanda a todos los posibles implicados, cabe la posibilidad de que se produzcan sentencias materialmente contradictorias como si, por ejemplo, en un procedimiento se absuelve al arquitecto técnico por considerar que la culpa fue del constructor y, demandado éste, se le absuelve por considerar que la culpa fue del primero.<sup>604</sup>

Algún autor plantea sus dudas sobre la fundamentación de la no necesidad de litisconsorcio y se pregunta: ¿cómo puede fundamentar la falta de litisconsorcio pasivo necesario el carácter solidario de la responsabilidad si todavía no se ha declarado no sólo tal carácter solidario sino ni siquiera la responsabilidad que es precisamente lo que se discute en el litigio?”<sup>605</sup>

La contradicción sería material y afectaría a la ratio decidendi, pero no al fallo en sí mismo considerado. Tal vez sea esta posibilidad la que explique que en alguna ocasión el Tribunal Supremo, en contra de su línea dominante, haya exigido el litisconsorcio pasivo necesario, como ocurrió en la sentencia de 3 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 9043), en la que el Tribunal Supremo exigía la participación de todos los intervinientes en el curso causal en el proceso, por cuanto el actor había de demostrar la imposibilidad de atribución individual de la culpa a cada uno de los intervinientes, a pesar de encontrarnos ante una solidaridad ex post facto, es decir que nace de la sentencia.

---

<sup>604</sup> Las STS de 31 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2743), al respecto de la excepción procesal de litisconsorcio pasivo necesario en la acción de responsabilidad decenal, reafirma lo ya dictaminado en STS de 17 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2018), cuyo razonamiento que traemos a nota: “El actor puede dirigir sin ninguna cortapisa la acción basada en el artículo 1591 CC contra las personas físicas o jurídicas a las que cree responsables. Si la sentencia declara, por el contrario, que no lo son, sibi imputet, tendrá que demandar de nuevo a otras, pero sin que la sentencia obviamente pueda realizar pronunciamientos de condena ni declaración de culpabilidad respecto de los que no han sido oídos en el proceso; en otras palabras, se ha de limitar a constatar la falta de culpabilidad de los demandados”. Asimismo hay referencias a la STS de 4 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9832) que indica que la sentencia recaída no prejuzga la culpabilidad de los demás intervinientes, si los hubo a los que, el condenado, podrá en su caso reclamar, pues “esta repercusión de responsabilidad pertenece a las relaciones ad intra entre los sujetos corresponsables, que caso de haberla no trasciende necesariamente ad extra frente al titular del derecho indemnizatorio”.

<sup>605</sup> BLASCO GASCÓ: “Cuestiones propias de una relación solidaria impropia”. Documento digital en SERJUTECA: <http://www.serjuteca.es/publicaciones.php>, p. 10.

“De la solidaridad nacida de la sentencia no se puede deducir que ya en el momento de demandar rigen las reglas de la solidaridad, que es lo que hace la sentencia recurrida (...) El actor puede traer al proceso a quien estime por conveniente, y sólo si se demuestra que en la producción del daño intervinieron además otras personas que no han sido demandadas y no se puede particularizar en el demandado un concreto daño, sino que obedece el mismo a la actuación también de los demás extraños, es cuando el litisconsorcio pasivo necesario se impondrá con todas sus consecuencias, al no estar integrada correctamente la relación jurídico procesal sin la presencia como partes de aquellos” (...) De no demandar a todos aquellos sobre los que podría recaer la condena se daría la posibilidad de sentencias contradictorias”.<sup>606</sup>

Lo más normal es que un juez que llega a la conclusión de que el daño fue debido a la actuación de una persona no demandada, se limite a absolver al demandado sin hacer declaración alguna sobre personas que no han intervenido en el juicio como partes.<sup>607</sup>

Para el caso concreto de la responsabilidad en la edificación, la LOE aporta una solución bastante razonable a los problemas aquí examinados que es la llamada en garantía, norma que cabe considerar bastante atinada pues resuelve simultáneamente varios problemas.<sup>608</sup> Por un lado se soluciona la posible indefensión material del demandado único por un daño en el que intervinieron varios y por otro se evita imponer al actor la carga de dirigir la demanda contra todos los intervinientes,

---

<sup>606</sup> STS de 30 enero de 2008 (RJ 2008, 230) en relación con el Fundamento de derecho cuarto de la STS de 4 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9832), ya citada.

<sup>607</sup> BARBANCHO TOVILLAS: La reclamación judicial de la deuda solidaria, Barcelona 1997. CADARSO PALAU: “En torno a la condena in solidum de los responsables ex art. 1591 del Código Civil”, en Estudios en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, IV, Madrid 1996.

<sup>608</sup> Un gran paso adelante tras la entrada en vigor de la L.O.E. fue la posibilidad de que todos los agentes que hayan intervenido en la edificación confluyan a dirimir su porcentaje de responsabilidad en un único procedimiento, pese a que el actor formule demanda exclusivamente contra uno o algunos de ellos. La Disposición Adicional 7ª de la L.O.E., regula lo que denomina “Solicitud de la demanda de notificación a otros agentes” y su tenor literal es el siguiente: “Quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la presente Ley, podrá solicitar, dentro del plazo que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede para contestar a la demanda, que ésta se notifique a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso. La notificación se hará conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados e incluirá la advertencia expresa a aquellos otros agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparecieren, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos”.

asumiendo el riesgo de una absolución y sus consecuencias, nada desdeñables, en materia de costas.<sup>609</sup>

### **2.5.2.- Excepciones materiales.**

Las eventuales acciones contractuales (nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución), pueden ser intentadas entre asegurado y compañía, en relación con la póliza o entre estipulante y promitente en relación con el contrato en beneficio de tercero, por ser las partes contratantes. El beneficiario, en cuanto acreedor de la asistencia sanitaria respecto de la que el promitente es deudor, está legitimado para exigir de él el cumplimiento de la obligación, y correlativamente accionar, la pretensión de resarcimiento si incumplió.<sup>610</sup> En cuanto tercero, el beneficiario en modo alguno se encuentra vinculado por la posible resolución contractual. La situación del tercero y su esfera jurídica se mantienen intangibles y no pueden resultar modificadas por obra de los contratantes. El promitente no puede ejercer una acción resolutoria frente al estipulante y con ello privar al tercero de su derecho resarcitorio.<sup>611</sup>

En países de nuestro entorno se acoge la postura de que el estipulante también puede ejercer frente al promitente las acciones que derivan de la titularidad del beneficio en interés del tercero. Podemos citar a modo ilustrativo: el artículo 335 del BGB alemán, que permite al estipulante exigir el cumplimiento de la prestación prometida a favor de tercero, el artículo 402.2 del Código civil portugués que al regular los derechos de tercero y promisorio (estipulante), señala que “el promisorio tiene igualmente el derecho de exigir al promitente la prestación a favor del tercero, a no ser que otra hubiera sido la intención de los contratantes.”, por su parte el Código suizo en su artículo 112 señala que: “Aquél que, obrando en su propio nombre, ha estipulado una obligación a favor de un tercero tiene el derecho de exigir la ejecución en beneficio de ese tercero.” También se afirma “el hecho de que el estipulante tenga un legítimo interés económico o moral en la celebración del contrato es razón suficiente para que

---

<sup>609</sup> ESTRUCH ESTRUCH: “Las responsabilidades en la construcción. Regímenes jurídicos y jurisprudencia”, Madrid 2003., p 59.

<sup>610</sup> No olvidemos que configurada la obligación del profesional como una obligación de medios sólo puede haber dos opciones: cumplimiento o incumplimiento.

<sup>611</sup> SAP de Pontevedra de 27 de abril de 2012 (AC 2012,388).

pueda exigir, judicial o extrajudicialmente, que el promitente ejecute su prestación en favor del beneficiario.”

En nuestro ordenamiento, no hay razón alguna para negar ésta posibilidad, hallándose asimismo aceptada para el Derecho civil general español por un autorizado sector de la doctrina científica<sup>612</sup>, toda vez que la compañía tiene un interés directo en que el sistema de provisión de asistencia sanitaria a sus clientes funcione y además debe velar porque así sea, ya que de otra forma estaría incurriendo en responsabilidad por una actividad organizativa, de control y provisión que le es propia y exigible, de conformidad con el artículo 148 TRLCU, sin perjuicio de que el daño sufrido por el asegurado será consecuencia también de una omisión del facultativo o centro asistencial o de dilación inexcusable en la aplicación de un tratamiento.

Ejercida por el beneficiario la acción de resarcimiento por el daño médico padecido, que no es otra cosa que la acción derivada de incumplimiento contractual en relación con el beneficio debido, hay abundantísima jurisprudencia<sup>613</sup> al respecto de las excepciones materiales oponibles por el promitente. En principio parece que existe unanimidad al entender que son oponibles al tercero las excepciones derivadas del contrato de cobertura, que en definitiva va a acotar las condiciones del servicio que ha de dispensar el facultativo. Así por ejemplo excepciones que derivan de la obligación de información sobre patologías, antecedentes, medicación del paciente y la de minorar las consecuencias del siniestro, serían de aplicación porque están directamente relacionadas con el deber exigible al beneficiario de la prestación de hacer un uso correcto del servicio que le dispensa el facultativo.

No podrá oponer en cambio otras excepciones fundadas en otras relaciones que pudiera tener con el estipulante o las que sean ajenas al contrato, por más que el esquema coligado presente un sistema de financiación indirecto. Así, el promitente no puede oponer al tercero excepciones derivadas de la relación de valuta (póliza), en

---

<sup>612</sup> Como incidentalmente tuvo ocasión de señalar la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4765)

<sup>613</sup> SAP de Pontevedra de 27 de abril de 2012 (AC 2012,388), SAP de Vizcaya de 9 de marzo de 2001 (JUR 2001,185176). SSTs de 14 de junio de 2011 (RJ 2011, 4532), 9 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5710).

particular la falta o el retraso en el pago de la prima por el paciente, o cualesquiera otras circunstancias que deriven del tenor literal de dicho documento, porque el facultativo no es parte contratante de la póliza.

No debemos olvidar que el fundamento de responsabilidad de compañía y facultativo son distintos y en el caso de concurrencia de responsabilidades las excepciones materiales oponibles por unos y otros (por ejemplo la prescripción), no producen efectos cruzados.<sup>614</sup>

Al respecto, una cuestión que ha generado abundante literatura, es el relativo a la eventual utilización por el promitente de la “exceptio non adimpleti contractus”.

Nuestra doctrina jurisprudencial, de forma mayoritaria, asume que el promitente no puede oponer a la acción del beneficiario, la excepción de contrato no cumplido pues el crédito del beneficiario es absolutamente independiente o en modo alguno derivado del crédito del estipulante.<sup>615</sup> El fundamento de esa postura busca sustento en el hecho de que la figura típica, ya supone de por sí, excepción al principio de relatividad contractual, al convertir en acreedor de una prestación a quien no ha participado en el contrato inicial. Requiriendo la existencia de la referida estipulación un contrato válido entre un promitente y un estipulante, contrato que deviene fuente y medida del derecho del no interviniente en aquél, de lo que cabe deducir que el objeto de la prestación puede ser cualquiera cuyo contenido sea dar, hacer o no hacer, susceptible de aportar algún beneficio al tercero en favor de quien se estipula, y a quien se le otorga el derecho de exigir el cumplimiento y las consecuencias de su incumplimiento, siempre que haya hecho saber su aceptación al obligado, según se deriva del citado artículo 1257 CC,<sup>616</sup> entendiendo por tal aceptación la adhesión del tercero al sistema de provisión organizado por la compañía.

---

<sup>614</sup> STS de 7 de mayo de 1993 [RJ 1993, 3464]. La referida resolución en el ámbito de la solidaridad impropia concluye que “cada deudor solidario puede utilizar todas las excepciones que deriven de la naturaleza de la obligación.” Al respecto matizamos: de su obligación en el marco de coligación contractual que los seguros de asistencia sanitaria implican.

<sup>615</sup> DIEZ PICAZO, L. “Fundamentos...” ob cit., p. 441.

<sup>616</sup> SAP de Tarragona de 29 de septiembre de 2004 (JUR 2004, 308612).



No obstante, también encontramos doctrina que defiende la utilización por el promitente de ésta excepción<sup>617</sup>. Alegándose aspectos tales, como que el beneficiario titular del derecho debe verse influido por los hechos impeditivos o extintivos que afecten al contrato del que nace su derecho.

Debemos incidir en el hecho de que la llamada “exceptio non rite adimpleti contractus”, opuesta por el promitente al beneficiario, pretendiendo retener la integridad de su prestación resarcitoria, cuando el estipulante no ha cumplido o lo ha hecho sólo en parte o de una forma defectuosa, puede resultar contraria al principio de buena fe en la contratación proclamado en el artículo 1258 CC, atendidas las circunstancias del caso, pues respondiendo aquélla a la finalidad de protección del equilibrio entre las obligaciones recíprocas y al sinalagma funcional o interdependencia que es su característica, no parece que pudiera ser alegada la excepción de falta de cumplimiento regular cuando lo mal realizado u omitido en esa prestación parcial o defectuosa carezca de suficiente entidad con relación al daño padecido por el beneficiario a las resultas de la prestación recibida del promitente, conflicto de intereses que la doctrina resuelve aplicando normas modulatorias.<sup>618</sup>

Al respecto hay una línea jurisprudencial que incide en el hecho de que la alegación de la excepción puede rechazarse cuando sea opuesta a las reglas de la buena fe, como ocurre cuando solo se está atrasado en una pequeña parte de la remuneración, o cuando el incumplimiento en el marco de la relación de cobertura puede ser mejorado o subsanado de otra manera. Señala nuestro Alto Tribunal que “el éxito de tal excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionada a que el defecto o defectos de la obra sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida o dificultad de su subsanación. Es claro que no puede ser alegada cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo ejecutado, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación

---

<sup>617</sup> PÉREZ GONZÁLEZ B., ALGER J., “Anotaciones a I. ENNECERUS, H. Kehmann. “Derecho de obligaciones” en Tratado de Derecho civil de ENNECERUS, KIPP y WOLFF, T II, vol II, Barcelona 1935. p. 183, ROCA SASTRE R.M. y PUIG BRUTAU J. “Estipulaciones a favor de tercero”. En Estudios de Derecho privado, t I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1948. p. 229., ALBADALEJO M., “Derecho civil” t. II, vol I, .. ob cit., p. 454, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., p. 419.

<sup>618</sup> SAP de Valencia de 27 de junio de 2014 (AC 2014, 1750).

del contrato , no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria del art. 1124 CC del citado texto sustantivo y sólo permitan la vía reparatoria mediante la realización de las operaciones correctoras precisas”<sup>619</sup>

"La exceptio non rite adimpleti contractus, una de las variantes de la de incumplimiento, admitida por la jurisprudencia con apoyo en los artículos 1.100 , 1.124, 1.466 y 1.500 CC , responde a la necesidad de mantener en el funcionamiento de la relación jurídica el mismo equilibrio querido por las partes al perfeccionar el contrato.<sup>620</sup> Por ello no es admisible el empleo de dicho instrumento de defensa cuando provoque una falta de proporción entre el medio y el fin,<sup>621</sup> o cuando los defectos de que adolezca la recibida no tengan entidad bastante, en relación con el resto de lo ejecutado,<sup>622</sup> o cuando no resulte necesario para restablecer el equilibrio de prestaciones, al poder operar otro remedio distinto que, sin generar la crisis en el cumplimiento de lo pactado, lo permita”<sup>623</sup>

Ponemos seriamente en duda que de argüirse esta excepción frente a las acciones de responsabilidad contractual ejercidas por los asegurados en el marco de los contratos de asistencia sanitaria, fueran a prosperar. Conocida es la sensibilidad de nuestros Juzgados y Tribunales en todo lo que concierne a la responsabilidad por daño médico y a la posición garantista en relación al derecho del paciente a ser indemnizado. Son procedimientos en que la naturaleza del derecho subjetivo afectado y la repercusión que estos casos tiene en sociedad alcanzan una dimensión difícilmente comparable en términos de proporcionalidad y equilibrio de prestaciones al incumplimiento parcial o total de un derecho remuneratorio. Porque la asistencia sanitaria también es una prestación dentro del contrato que tiene un carácter autónomo frente a los derechos de los contratantes.

---

<sup>619</sup> SSTs de 27 marzo 1991 (RJ 1991, 2451) y 13 mayo 1985 (RJ 1985, 2388).

<sup>620</sup> STS de 17 de Noviembre del 2004 (RJ 2004, 7239).

<sup>621</sup> STS de 27 de marzo de 1.991 (RJ 1991, 2451).

<sup>622</sup> STS de 21 de marzo de 2.003 (RJ 2003, 2763).

<sup>623</sup> SAP de Valencia de 27 de junio de 2014 (AC 2014, 1750). SSTs de 8 de junio de 1.992 (RJ 1992, 5168) y 30 de enero de 1.992 (RJ 1992, 1518).

Además, la eventual negación de responsabilidad contractual, a los resultados del ejercicio de una excepción material proveniente del contrato de cobertura, no extingue la responsabilidad por daño médico predicable al amparo del principio “neminem laedere”, si bien la atribución de responsabilidad estaría al margen de cualquier consideración de índole contractual. No es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana.

No presenta dudas, habida cuenta de que el contrato en beneficio de tercero va a determinar las condiciones de incorporación y servicio del médico al sistema de provisión de la compañía, la oponibilidad por parte del promitente de cuantas excepciones materiales deriven de la propia prestación médica, hechos constitutivos (actuación ajustada a protocolos médicos no siendo exigible otra diferente) o impeditivos (incumplimiento de la carga que supone una adecuada utilización del servicio por el beneficiario), determinantes de la apreciación por el juez de la culpabilidad del facultativo, incluso excluyentes (prescripción).<sup>624</sup> Son excepciones propias de la deuda o beneficio del tercero, llamadas condiciones objetivas de exigibilidad.<sup>625</sup>

No se muestra la doctrina pacífica sobre la posibilidad del promitente de alegar frente al tercero causas de nulidad que afecten al contrato suscrito entre estipulante y promitente, tales como vicio de consentimiento o falta de capacidad para contratar.<sup>626</sup>

Hay autores que continuando con el carácter autónomo de la prestación,<sup>627</sup> defienden su completa separación frente al contrato de cobertura. Llevando esta postura hasta las últimas consecuencias, se ha llegado a defender que al igual que no es oponible la nulidad de la estipulación a la nulidad del contrato, no hay razón que justifique que deba afectar a la estipulación una causa de nulidad que afecte al contrato en el que

---

<sup>624</sup> GUESTIN, J., BILLIAU, M, JAMIN, Ch. “Les effets...” ob cit., p. 690 y ss.

<sup>625</sup> SSTs de 14 de junio de 2011 (RJ 2011, 4532), 9 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5710). SAP de Vizcaya de 9 de marzo de 2001 (JUR 2001, 185176).

<sup>626</sup> GERNHUBER, J. “Das Schuldverhältnis Begründung und Änderung. Pflichten und Strukturen”. Drittwirkungen, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1989, p. 495.

<sup>627</sup> GUESTIN, J., BILLIAU, M, JAMIN, Ch. “Les effets...” ob cit., p. 692.

ésta se inserta. Y ello porque la estipulación debe considerarse como autónoma al contrato, salvo que las partes demuestren que el contrato y la estipulación conforman un todo inescindible y que no hubieran querido la una sin el otro. Frente a esta posición se ha argumentado que la estipulación tiene un carácter accidental y que al estar inserta en el contrato entre estipulante y promitente, le es de aplicación el viejo aforismo “*accessorium sequitur principale*”, en virtud del cual, la estipulación ha de correr la suerte del contrato que la comprende.<sup>628</sup>

En derecho comparado, el tratamiento de las excepciones que puede oponer el promitente frente a la acción entablada por el beneficiario, no es especialmente esclarecedor. Así, el artículo 334 del BGB alemán, señala que frente a la reclamación del beneficiario, cuenta el promitente con todas las excepciones y medios de defensa derivados del contrato que sirvió de base a la estipulación. Dicha norma ha sido considerada por la jurisprudencia como dispositiva,<sup>629</sup> por lo que atendiendo a la voluntad de las partes o a las circunstancias y finalidad del contrato, los jueces pueden excluir la alegación por el promitente de la “*exceptio non adimpleti contractus*”.<sup>630</sup>

El tratamiento de las excepciones oponibles al promitente en derecho italiano es muy similar al que se dispensa en derecho alemán. No en vano la regulación contenida en el Código civil italiano de 1942 es tributaria de la concepción germana. Así, la redacción de su artículo 1413, es similar al 334 BGB. “El promitente cuenta frente al tercero, con todas las excepciones derivadas del contrato. Por cuanto su derecho trae causa de aquel contrato, es un derecho directo. Pero al mismo tiempo, es el del beneficiario, un derecho propio, no del estipulante, por lo que no es lógico que se confundan las relaciones personales que el promitente pueda tener con éste último, y la relación crediticia del tercero, nacida de la estipulación. Razón por la cual el precepto citado concluye, que el promitente no puede servirse frente al tercero, de aquellas excepciones derivadas de otras relaciones personales, que tenga con el estipulante.”<sup>631</sup>

---

<sup>628</sup> LÓPEZ RICHART, J. “El contrato en beneficio ...” *op cit.*, p. 454.

<sup>629</sup> BHG de 10 de noviembre de 1994 (BGHZ 127, p. 385).

<sup>630</sup> BHG de 24 de junio de 1969 (BGHZ 52, pp. 201 y 202).

<sup>631</sup> MAJELLO, U. “Contratto a favore del terzo”. En *Digesto disc. priv. (sez. civ.)* tomo IV. Torino. 1989, p. 70 y ss.

### **2.5.3.- La problemática de la prescripción en el esquema de coligación.**

Nuestro Código Civil establece con carácter general en su artículo 1964, un plazo de 15 años para la prescripción de las acciones personales. Este plazo es aplicable a todas las acciones que no tengan señalado en la ley un término especial de prescripción, que son la mayoría.

Hace mucho tiempo que se viene denunciando lo excesivo del término de quince años para la prescripción de las obligaciones contractuales a las que se aplica, así como la incoherencia entre la gran amplitud de este plazo y el plazo prescriptivo anual ligado al ejercicio de acciones extracontractuales por daños resarcibles del art. 1902 CC, *ex* 1968.2º CC

Al respecto, hemos de citar la reciente propuesta contenida en *Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, publicado en el BOCG de 6 de marzo de 2015. La propuesta de reforma, en su Disposición Final primera del Proyecto de Ley, bajo la rúbrica de “Modificación del Código Civil en materia de prescripción”, modifica el plazo establecido en el párrafo segundo del artículo 1964 CC, acortando el plazo general de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial hasta un tercio de su duración actual, situándose en cinco años frente a los quince que todavía hoy establece el precepto.

De esta forma nos aproximamos a países de nuestro entorno, como Francia donde el plazo prescriptivo es también de cinco años y no cabe duda que supone una aproximación de los plazos de prescripción de la acción contractual y extracontractual existentes.

Los plazos de prescripción de las acciones que derivan de los contratos de seguros, constituyen norma especial y vienen determinados por la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Su artículo 23 LCS, ubicado en las disposiciones generales aplicables a todo tipo de seguros, fija en dos años el plazo de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro de daños y cinco años para los seguros de personas.

Ya hemos expuesto en diversos puntos de este trabajo, que el planteamiento que asumen nuestros juzgados y tribunales en la actualidad, en el enjuiciamiento de los supuestos denominados fronterizos en materia de responsabilidad civil en el marco de los seguros de asistencia sanitaria, pasa por relativizar la diferencia existente entre los sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual, que son forzados a cohabitar en beneficio del perjudicado y en garantía de su derecho a ser indemnizado. Su fundamento pasa por asumir que el hecho dañoso puede ser violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, en cuyo caso hay una yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual, que da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello a favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible.

El problema radica en que las acciones que vehiculan las pretensiones del sistema contractual y extracontractual obedecen, como hemos visto, a plazos diversos. Si partimos de la base de que la responsabilidad del facultativo del cuadro médico de la compañía es extracontractual y la responsabilidad de la compañía a las resultas de la póliza, contractual, podemos encontrarnos con un supuesto en que esté prescrita la responsabilidad del médico y no la de la compañía en caso de concurrencia de ambos en el daño médico.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2012 (RJ 2012,8027), estudia el caso de una mujer que es intervenida por un médico perteneciente al cuadro facultativo de una compañía sanitaria, en una clínica propiedad de esta última. A las resultas de la intervención, presenta la paciente una serie de secuelas por las que deduce demanda contra la entidad de asistencia sanitaria, el médico y la entidad que asegura la responsabilidad civil del facultativo.

El Tribunal desestimó las pretensiones de la accionante por entender que estaba prescrita la acción de responsabilidad civil dirigida contra el facultativo de la compañía por aplicación del plazo recogido en el artículo 1968.2 CC, lo que determinaba la

exoneración de la compañía, a pesar de deducirse la pretensión dentro de los cinco años que recoge el artículo 23 LCS. La yuxtaposición determina un concurso de acciones de naturaleza diversa que mantienen su sustantividad a lo que a plazos de prescripción se refiere (contractual/extracontractual). Además, la falta de responsabilidad del facultativo determinó la exoneración de responsabilidad de la compañía que aseguraba la responsabilidad civil del médico.

El modelo propuesto permitiría un tratamiento contractual tanto de la responsabilidad de la compañía como de la del médico frente al paciente. El primero, sometido al plazo especial recogido en el artículo 23 LCS y el segundo al plazo general de 15 años del artículo 1964 CC, que todavía se presenta como dispar, pero el proyecto presentado en marzo de este año ya plantea un plazo que sería el mismo para ambos ámbitos de responsabilidad contractual y que daría una imagen completamente coherente al sistema.

Por lo que respecta al plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil del facultativo, nada dice el art. 76 LCS sobre el plazo de prescripción de la acción directa, por lo que caben dos alternativas, o aplicar lo dispuesto en el artículo 23 LCS (cinco años para las derivadas del seguro de personas) o la norma de responsabilidad aplicable al caso concreto,<sup>632</sup> que es la solución por la que se decanta nuestra doctrina de manera mayoritaria.<sup>633</sup>

La determinación de la clase de acción que ejercita el paciente en su demanda, se configura como un tema esencial, ya que determina no sólo el plazo de prescripción de su pretensión, sino también el plazo prescriptivo de la acción directa del artículo 76 LCS.<sup>634</sup>

---

<sup>632</sup> REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.). "Tratado de Responsabilidad Civil" Tomo I, Thomson Aranzadi. 2008, p. 1505.

<sup>633</sup> SANCHEZ CALERO, F: "Ley de Contrato de Seguro" 3ª ed. 2005, p. 1326.

<sup>634</sup> SSTs de 16 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2398), 22 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1588), SAP de Valencia de 18 de junio de 2004 (AC 2004, 234). "Es doctrina jurisprudencial reiterada que una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y

Las reclamaciones contra el facultativo del cuadro médico de la compañía por daño que sea consecuencia de su acción u omisión, constituyen un supuesto de responsabilidad civil contractual en el marco del esquema de responsabilidad que brinda el seguro, como consecuencia del contrato celebrado en su beneficio por compañía y facultativo, y el plazo de prescripción de la acción, pendientes del proyecto de ley de marzo de 2015, y en ausencia de un plazo especial, es de 15 años. Plazo que arrastra consigo a la acción directa del artículo 76 LCS. La acción contractual que cabe entablar contra la compañía por responsabilidad derivada de daño sufrido por el asegurado derivado de su actividad asegurativa, según el artículo 23 LCS es de cinco años.

Esperamos prospere la reforma del artículo 1964 CC, en lo atinente al acortamiento del plazo quincenal, por aportar al esquema de responsabilidad propuesto una mayor coherencia, en sintonía con los ordenamientos de nuestro entorno.

#### ***2.5.4.- La prueba de la culpa del médico.***

La responsabilidad civil del médico al amparo del artículo 1902 CC, tiene por regla general que el paciente ha de demostrar la negligencia del médico.<sup>635</sup> El tratamiento que ha venido dando nuestro Tribunal Supremo a la responsabilidad profesional del facultativo, “ha descartado toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, incluida la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 217.5 LEC), bien es cierto que con algunas excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactiva, en los que se atenúa la exigencia del elemento subjetivo de la culpa para proteger de manera más efectiva a la víctima, flexibilizando tales criterios. De esa forma, a partir del daño que fundamenta la responsabilidad, el criterio de imputación se basa en el reproche culpabilístico y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico

---

restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico.”

<sup>635</sup> BELLO JANEIRO, D. “La responsabilidad sanitaria” en “Cuestiones actuales de responsabilidad civil” ed. Reus. 2009, p. 250.



enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo. (lex artis ad hoc)”<sup>636</sup>.

Nuestra jurisprudencia ha atemperando, en beneficio del paciente y habida cuenta de la complejidad que supone en muchos supuestos la determinación de la existencia de negligencia médica,<sup>637</sup> el rigor de su prueba, sin eximirla, mediante la utilización de recursos jurídicos que no eximen de esa carga, solo la suavizan. Así nos referimos a la llamada “mejor posición probatoria” en la que se encuentra el médico en relación con su paciente, por su libertad de acceso a los medios de prueba sumada a su obligación de contribuir activamente a probar que no existió en su actuar negligencia ni imprevisión.

La STS de 1 julio 1997 (RJ 1997, 5471) , señala que las reglas relativas a la carga de la prueba que, según la jurisprudencia, corresponde al actor tratándose de responsabilidad médica, no se pueden interpretar en un sentido tan amplio que se extienda a probar los hechos que impedirían u obstarían a que prosperara la pretensión, como el caso fortuito, refiriendo el alto Tribunal que tampoco, en consecuencia, la mejor posición probatoria de los demandados en el supuesto de que surjan complicaciones que no son consecuencia natural o previsible del propio curso de la enfermedad puede excusarles de contribuir activamente a probar que no hubo negligencia, ni imprevisión por su parte.

También se habla como mecanismo de relajación, la llamada “culpa virtual”. Aún cuando la profesión médica exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal

---

<sup>636</sup> STS de 24 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7855).

<sup>637</sup> TAMAYO JARAMILLO, J: “De la responsabilidad civil” T. I. ed Temis, 1999 pp. 242 y ss.

<sup>637</sup> SAP de Madrid de 26 de febrero de 2013 (AC 2013, 1281). SAP de Murcia de 23 de marzo de 2007 (AC 2007/840). Se estima la responsabilidad civil de los codemandados, a saber un profesional sanitario, la clínica en la que fue hospitalizada la demandante, la entidad mercantil que gestiona y administra la misma, Sanitas y la compañía aseguradora con la que la clínica tenía concertado el seguro de responsabilidad civil. El Tribunal falla favorablemente a favor de la pretensión de la demandante condenando a todos los demandados solidariamente pero con fundamentos diversos. Así, se determina la responsabilidad del profesional bajo parámetros culpabilísticos del artículo 1902 CC, la de la clínica, la entidad mercantil que la gestionaba, así como de Sanitas al amparo de los antiguos artículos 26 y 28 de la LCU, actual 148 y concordantes TRLCU, que se invocan al amparo del art. 1903.4 CC.

resultado, cuando éste, comparativamente, es desproporcionado con lo usual, según las reglas de la experiencia y el sentido común. "La existencia de un resultado desproporcionado no determina por sí sólo la existencia de responsabilidad del médico sino la exigencia al mismo de una explicación coherente acerca del por qué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia producida."<sup>638</sup>

Aunque es indudable la naturaleza subjetiva de la responsabilidad del facultativo, no es menos cierto que su sujeción como modelo de conducta a los protocolos médicos, produce una cierta objetivación de esa responsabilidad. Además resulta cuestionable la introducción de criterios de previsibilidad en la actuación del profesional para determinar su grado de diligencia por cuanto el cumplimiento de la obligación depende de la existencia o no de medios adecuados según *lex artis* lo que implica una apreciación técnica que suele escapar al entendimiento del consumidor afectado por el daño médico.

La determinación de una vinculación contractual entre el médico y el asegurado, como defendemos en el marco de los seguros sanitarios, tiene a nuestro juicio, una consecuencia que favorece al asegurado dañado en relación al régimen de prueba de la culpa extracontractual que sería de aplicación, si negamos esa vinculación. Anticipamos que la ventaja anunciada es tema controvertido en la doctrina, pero abogamos por la solución que aporta a nuestro sistema de coligación con sustento en el contrato en beneficio de tercero.

A propósito del tema y como antecedente, traemos a colación la STS de 28 de enero de 1998 ( RJ 1998, 357), que trata el caso de un abogado que dejó transcurrir el plazo de un año en la reclamación al Fondo de Garantía Salarial de las indemnizaciones debidas a sus clientes, con el consiguiente perjuicio de los mismos.

A las resultas de la relación contractual que vinculaba al letrado con sus clientes, determino concluye que: "La prestación de servicios, como relación personal «intuitu

---

<sup>638</sup> STS de 30 de abril de 2007 (RJ 2007,2397).

personae» incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del artículo 1258 del Código Civil y que imponen al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto ; de ello se desprende que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional.”

La sala primera del TS determina que se produce una imputación subjetiva del daño al profesional a título de culpa que deriva del incumplimiento de la obligación, “se presume que lo ha sido por culpa del deudor; la conducta humana se supone voluntaria y es el deudor que incumple el que debe probar que ha sido sin culpa, sino por caso fortuito o fuerza mayor; se prevé en el artículo 1183 CC, respecto a obligaciones de dar, pero se extiende no tanto por analogía sino como principio general, según doctrina y jurisprudencia, a todo tipo de obligaciones, como las de hacer o no hacer.”

Entendemos que el planteamiento es aplicable al médico vinculado contractualmente con el paciente en el marco del seguro sanitario. El acto médico implica por parte del sanitario, una adecuada formación profesional y la aplicación de los medios adecuados según lex artis, si estos no se dan, hay incumplimiento y es carga del facultativo la prueba del comportamiento diligente. El actor ha de probar la existencia de la relación obligatoria y el incumplimiento de lo debido, mientras que al obligado le corresponde alegar la justa causa de su liberación.

### ***3.- UTILIZACIÓN POR EL DEMANDANTE DE LA ACCIÓN DIRECTA DEL ART. 76 LCS EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL SEGÚN EL MARCO PROPUESTO.***

Las demandas que se articulan a diario ante nuestros Juzgados y Tribunales a las resultas de la actividad médica, buscan esencialmente el resarcimiento económico y por tanto satisfacer la expectativa de solvencia del deudor agotando todas las posibilidades de alcanzarla. A tal efecto, el actor dirige la pretensión indemnizatoria contra la compañía sanitaria, el profesional, la clínica donde trabaja y también contra

la compañía donde tiene el facultativo asegurada su RC, aunque la justificación de la responsabilidad de cada operador sea distinta y su fuente diversa<sup>639</sup> Así, la responsabilidad del médico es subjetiva, por el daño que ha generado su acción u omisión profesional, sustentada en criterios subjetivos, la de la compañía es objetiva por el daño que ha generado su actividad asegurativa, esencialmente organizativa y de provisión y la del seguro de Responsabilidad deriva del contrato en virtud del cual, el asegurador se obliga a cambio del pago de una prima, a garantizar la identidad del patrimonio del asegurado frente a las consecuencias derivadas de las reclamaciones de responsabilidad ejercidas por terceros en el ámbito de la actividad cubierta por la póliza.<sup>640</sup>

Declara al respecto nuestro Tribunal Supremo: "el tercero perjudicado, cuando el causante del daño está asegurado, tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones que no se confunden: la del asegurado causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76 LCS",<sup>641</sup> al que habría que sumar una tercera. La de la compañía sanitaria, a

---

<sup>639</sup> SAP de Madrid de 26 de febrero de 2013 (AC 2013, 1281). SAP de Murcia de 23 de marzo de 2007 (AC 2007/840). Se estima la responsabilidad civil de los codemandados, a saber un profesional sanitario, la clínica en la que fue hospitalizada la demandante, la entidad mercantil que gestiona y administra la misma, Sanitas y la compañía aseguradora con la que la clínica tenía concertado el seguro de responsabilidad civil. El Tribunal falla favorablemente a favor de la pretensión de la demandante condenando a todos los demandados solidariamente pero con fundamentos diversos. Así, se determina la responsabilidad del profesional bajo parámetros culpabilísticos del artículo 1902 CC, la de la clínica, la entidad mercantil que la gestionaba, así como de Sanitas al amparo de los antiguos artículos 26 y 28 de la LCU, actual 148 y concordantes TRLCU, que se invocan al amparo del art. 1903.4 CC.

<sup>640</sup> STS de 4 diciembre 2007 ( RJ 2008, 39) y 8 noviembre 2007 ( RJ 2007, 8253) , con cita de la de 2 noviembre 1999 ( RJ 1999, 7998). SAP de las Islas Baleares de 27 de junio de 2011 (AC 2011,2027).

<sup>641</sup> STS de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006,2349). El hecho cubierto por el asegurador es el nacimiento de una deuda de responsabilidad o indemnizatoria. Ahora bien, para delimitar ese riesgo, un dato esencial es conocer el hecho que ha causado los daños y perjuicios, ya que de él deriva la obligación de indemnizar. Es decir, en la responsabilidad contractual el hecho del incumplimiento del contrato, y en la extracontractual el hecho, la acción u omisión, que causa el daño. El artículo 73 LCS se refiere a este aspecto al indicar que el seguro cubre el riesgo del nacimiento de una deuda de indemnización de los daños, (causados por un hecho previsto por el contrato). Alude aquí al hecho del que deriva la responsabilidad civil del asegurado. De ahí que se diga, con acierto, que si es verdad que el riesgo asegurado es la responsabilidad y no el hecho que ocasiona el daño al tercero, es también cierto que la

las resultas de la responsabilidad contractual que deriva de la póliza. Siendo los vínculos de responsabilidad de los demandados, solidarios bajo criterios de solidaridad impropia.<sup>642</sup>

Esta figura ya ha sido tratada en el capítulo quinto de este trabajo al estudiar el vínculo de responsabilidad que une a estipulante y promitente en el proceso civil y la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, así que no vamos a incurrir en reiteraciones innecesarias en lo que respecta a su tratamiento. Baste decir, que si bien la responsabilidad solidaria posibilita que el demandante puede demandar a cualquiera de los deudores indistintamente, la necesidad de que se determine la responsabilidad del facultativo por acto médico<sup>643</sup> constituye en todo caso, elemento causal imprescindible, tanto para la imputación de responsabilidad a la compañía por daño médico, como para que la compañía que asegura la responsabilidad civil deba indemnizar.

El carácter garantista que frente al daño tiene el seguro de responsabilidad civil, lo ha convertido en un auténtico factor de atribución de responsabilidad, porque lo esencial, es el resarcimiento.

No pretendemos un estudio exhaustivo de la figura, por cuanto este no es el propósito del trabajo, pero sí consideramos de sumo interés describir la posición de la compañía que asegura la responsabilidad civil del médico en el proceso civil como codeudor y las prerrogativas que la ley le confiere para defender su posición frente a la demanda del perjudicado.

---

primera surge directamente del segundo y que es, por tanto, normalmente a éste al que se refiere el contrato para hacer las delimitaciones causales, temporales y especiales del riesgo, que se delimitan como «causa causae». “El derecho propio del tercero perjudicado para exigir al asegurador la obligación de indemnizar, no es el mismo que el que tiene dicho tercero para exigir la indemnización del asegurado, causante del daño.”

<sup>642</sup> SSTs de 17 de noviembre de 2004 ( RJ 2004, 7238) y 19 de junio de 2001 ( RJ 2001, 4974) “La responsabilidad de la entidad de seguros con la que la clínica tenía concertada la responsabilidad civil deriva de la propia póliza en el ámbito de lo contractualmente estipulado en el RC, lo que va a determinar el alcance y los supuestos de cobertura.”

<sup>643</sup> REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.). “Tratado de Responsabilidad Civil” Tomo I, Thomson Aranzadi. 2008, pp 1473 a 1481.

La responsabilidad del asegurador de RC, se extiende dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato,<sup>644</sup> al pago a tercero de las indemnizaciones a las que venga obligado el asegurado como civilmente responsable de los daños a él ocasionados, relativos a la específica responsabilidad prevista en el contrato, y con carácter general, derivados de un hecho ocurrido durante la vigencia del mismo, así como a asumir la dirección jurídica de la defensa frente a la reclamación de terceros, los gastos que ello ocasione y el depósito de las correspondientes fianzas.<sup>645</sup>

Para ese fin, el artículo 76 de la LCS confiere al perjudicado o sus herederos “acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar.”

La acción directa es una consecuencia del contrato, pero está excluida de la libre disposición de las partes, por lo que en ningún caso puede buscarse su fundamento en una voluntad ni tan siquiera presunta de los contratantes.<sup>646</sup> Es una prerrogativa de su

---

<sup>644</sup> SANCHEZ CALERO, F.: “El aseguramiento de la responsabilidad del médico. Límites.”. Conferencia dada en el IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario. [http://www.aeds.org/congreso4\\_4.php](http://www.aeds.org/congreso4_4.php) En el contrato de seguro de responsabilidad civil las partes han de efectuar una delimitación del riesgo, causal (esto es, qué causas del nacimiento de la deuda de responsabilidad civil del médico son cubiertas por el asegurador), temporal (cuándo comienza y cuándo termina la cobertura del asegurador de esa responsabilidad) y espacial (es decir, delimitar el espacio dentro del cual pueden producirse los hechos dañosos que den lugar a la responsabilidad civil profesional: un determinado Hospital, el territorio de una Comunidad autónoma, de España, de los países de la Unión Europea etc.).

<sup>645</sup> CALZADA CONDE, M.A.: “El seguro de responsabilidad civil” Thomson Aranzadi. 2005, p 17.

Analizados distintos clausulados contractuales de diversas aseguradoras (Uniteco profesional, AMA Seguros), podemos colegir que en líneas generales y salvo exclusiones en póliza o especificidades reflejadas en el condicionado particular, su cobertura comprende los siguientes aspectos:

1.- responsabilidad profesional del asegurado derivada del ejercicio de su profesión médica, y la de sus empleados que ejerzan una profesión médica, médica auxiliar, farmacéutica o laboratorista, y que por su culpa, ya sea por negligencia o impericia, causen daños corporales o inclusive la muerte a sus pacientes.

2.- responsabilidad civil legal por los daños que causen a terceros en sus bienes o en sus personas, que se deriven por el uso, posesión o mantenimiento de inmuebles, de aparatos y tratamientos médicos con fines de diagnóstico o terapéuticos, y de equipos de medicina nuclear y materias radioactivas empleados para el desarrollo de dichas actividades.

3.- gastos de defensa si es presentada una demanda en contra del asegurado, como por ejemplo las primas por fianzas judiciales en garantía del pago de las sumas reclamadas, así como, el pago de las cauciones o de las primas de las fianzas que deban otorgarse como caución para que alcance su libertad preparatoria, provisional o condicional durante un proceso penal que se siga en su contra.

<sup>646</sup> CARRO DEL CASTILLO, J.A. “La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil en la Ley de Contrato de Seguro.” Dir. por VERDERA Y TUELLS, t I, Madrid, 1982, pp. 965 y 966.

titular, que viene impuesta por la ley<sup>647</sup> en aquellos supuestos en los que el principio de relatividad contractual tropieza con el imperativo de la equidad,<sup>648</sup> al ser el accionante tercero ajeno a la relación jurídica existente entre el profesional sanitario asegurado y la compañía aseguradora de RC.

Una de las cuestiones más controvertidas, y que a su vez determina la eficacia de la acción directa, es la determinación de qué excepciones puede oponer la compañía de seguros frente a la misma. Recordemos que al tener la responsabilidad del deudor en el proceso civil, un fundamento autónomo, las excepciones oponibles por este al demandante tienen sustantividad propia y también autonomía en relación a la posición del resto de codeudores en el proceso. La solidaridad propia es ex post facto, es decir, se determina en sentencia y por tanto afectará a los que en ella sean condenados porque el vínculo de responsabilidad no es previo a la resolución judicial, como es el caso de la solidaridad propia.

El tema viene planteado y resuelto en el art. 76 LCS, y no de una forma muy eficaz, pues son muchos los puntos oscuros de este precepto. En un principio, y según la dicción literal del precepto, sólo podría oponerse como excepción al perjudicado, la culpa exclusiva del mismo, y las excepciones personales que tuviera la compañía de seguros contra el perjudicado.<sup>649</sup>

Comenzando por el análisis de la excepción relativa a la culpa exclusiva del perjudicado, hay que decir que su fundamento es evidente. Si es el perjudicado el causante de los hechos, y culpable de los mismos por su negligencia, no puede entenderse como perjudicado en el sentido de persona que sufre los efectos de una

---

<sup>647</sup> SOTO NIETO, F: "Acción directa contra la entidad del seguro obligatorio. Excepciones oponibles. Derecho de repetición. (Algunas cuestiones básicas)." Diario La Ley. D-267, tomo 8. La Ley 22982/2001, p. 1. La víctima o perjudicado tiene frente al asegurador una posición jurídica autónoma, siendo similares sus derechos que los que tendría frente al causante de los daños, ésta acción es un derecho concedido ex lege a personas que son terceros frente a la relación jurídica de seguro. PEREZ CONESA, C. "El contrato a favor de tercero." Editorial Comares. Granada. 1999, p. 340 y ss.

<sup>648</sup> LÓPEZ RICHART, J. "El contrato en beneficio de tercero" ob cit, p. 267.

<sup>649</sup> SAP de las Islas Baleares de 27 de junio de 2011 (AC 2011,2027). "El asegurador podrá oponer frente al tercero que ejercite la acción directa, todas aquellas condiciones establecidas en el contrato y relativas a su contenido, que podría haber opuesto frente a su asegurado en el caso de que éste fuera quien hubiese reclamado....."

acción negligente causada por un tercero. Ante esta situación la acción directa del causante de los hechos, dirigida frente a la compañía de seguros no tiene sentido alguno, pues no existe responsabilidad alguna del asegurado de la compañía, y por lo tanto no existe el siniestro que hace responder a la compañía de seguros frente al tercero.

Mayores dificultades puede ofrecer la interpretación de la expresión del art. 76 LCS que no se puede oponer ante la acción directa, "las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado".

Son las llamadas excepciones personales que se sustentan en algún incumplimiento del asegurado en relación con el contenido del contrato de seguro, incumplimiento que ante la reclamación del asegurado frente a la compañía podría ser opuesto por ésta, pero que no se puede oponer ante el tercero perjudicado ajeno al contrato de seguro.<sup>650</sup>

El TS distingue dos supuestos al amparo del art. 15 LCS, el caso en que no se ha abonado la primera o única prima, supuesto en el cual el asegurador puede: o reclamar la prima debida o resolver el contrato, si ocurre el siniestro antes del pago de la prima no responde la compañía de seguros; por otro lado, el supuesto del impago de primas sucesivas, en el cual se suspende el contrato un mes después del vencimiento de la póliza, y si el asegurador no reclama dicha prima en los seis meses siguientes al vencimiento de la póliza queda extinguido el contrato. Es decir en el primer caso no se ha iniciado la cobertura del asegurador, en el segundo el contrato queda en suspenso al mes del vencimiento de la póliza. Pues bien, en este segundo supuesto de suspensión del contrato ocurre entre el asegurador y el asegurado, y no es oponible al tercero perjudicado, pues "al tratarse de una excepción de carácter personal eficaz ante la otra parte de la relación convencional, pero inoponible -cual el artículo 76 de la

---

650 SAP de Madrid de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010, 207825), de Barcelona de 17 de febrero de 2004, (AC 2004,529) y de Cantabria de 8 de mayo de 2002 (JUR 2002, 187118).



Ley enseña- caso de ejercicio de la acción directa contra el asegurador que el nuevo orden habilita".<sup>651</sup>

Tal suspensión opera únicamente en la relación entre asegurador y asegurado, pero no afecta al tercero perjudicado, conforme a lo establecido en el art. 76 de la misma Ley, al establecer que la acción directa contra el asegurador es "inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado", habiendo declarado la doctrina jurisprudencial reiteradamente que, subsistiendo la vigencia del contrato, al existir posibilidad de reclamación de la prima pendiente por parte de la aseguradora, la referida suspensión sólo puede operar entre las partes contratantes, pero no frente al tercero perjudicado, al tratarse de una excepción personal no oponible a dicho tercero". Y ello es así porque el contrato todavía está en vigor y es una excepción de carácter personal, si bien dicha excepción puede convertirse en objetiva y por lo tanto oponible al perjudicado, si la compañía de seguros resuelve el contrato dentro del periodo legal.<sup>652</sup>

Interesante para delimitar el concepto de excepción personal a efectos del art. 76 LCS, es la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2006 (RJ 2007/297). En la misma, considera como excepción personal el supuesto de exclusión del riesgo previsto en la póliza, cuando ello se debe a la conducta grave del asegurado que ha producido el daño; es decir si la circunstancia que excluye el riesgo cubierto en la póliza deviene por la propia conducta del asegurado, la misma no puede oponerse a terceros. "lo que no puede es oponerle aquellas cláusulas de exclusión de riesgos que tengan su fundamento en la especial gravedad de la conducta dañosa del asegurado, al tratarse de una excepción de carácter personal, eficaz ante la otra parte de la relación convencional, pero inoponible caso de ejercicio de la acción directa contra el asegurador, sin perjuicio del derecho de repetición que asiste a éste contra el asegurado, cuando haya de pagar la indemnización al tercero".<sup>653</sup> El supuesto se refiere a los daños producidos por una grúa, debidos a que su propietario-asegurado

---

<sup>651</sup> SSTs de 30 de julio de 2007 (RJ 2007, 4962), SAP de Pontevedra de 23 de abril de 2001 (JUR 2001,163546).

<sup>652</sup> SAP de Madrid de 14 de diciembre de 2011 (JUR 2012, 98733).

<sup>653</sup> STS de 22 de noviembre de 2006 (RJ 2007/297).

no había cumplido los controles necesarios relativos a la seguridad de la grúa, circunstancia que depende del actuar del asegurado y que no puede oponerse al tercero perjudicado al amparo del art. 76 LCS.

Pero sin lugar a dudas el problema jurídico más importante en relación con esta materia objeto de estudio, es qué ocurre en la reclamación del perjudicado por daños causados por el asegurado, derivados de hechos que no tienen cobertura en el seguro suscrito por éste.

Con la dicción del art. 76 LCS, en principio no cabría oponer al tercero perjudicado como excepción, la extensión objetiva del contrato de seguro y las exclusiones que éste tiene, sin perjuicio de la acción de repetición de la compañía de seguros contra su asegurado. Solo se podrían oponer las excepciones personales que tenga la compañía de seguros contra el perjudicado y la negligencia del mismo como causa del siniestro.

El tema que aquí se plantea ha sido analizado por la jurisprudencia, y podemos concluir a la vista de dicha doctrina, que ha sido esbozada una nueva categoría de excepciones a oponer por la compañía de seguros, que no podemos decir que deriven directamente de la dicción del art. 76 LCS, sino de la propia naturaleza del contrato de seguro, en cuanto es un contrato que tiene como objetivo responder ante determinados riesgos previamente contratados,<sup>654</sup> que son los que lo limitan objetivamente.<sup>655</sup>

El art. 76 LCS establece que si bien la acción directa es inmune a las excepciones que el asegurador pueda oponer al asegurado, frente a la reclamación pueden oponerse las denominadas "excepciones impropias", es decir, aquellos hechos impositivos objetivos, que deriven de la ley o de la voluntad de las partes.<sup>656</sup>

Por tanto, el asegurador podrá oponer frente al tercero que ejercite la acción directa, todas aquellas condiciones establecidas en el contrato y relativas a su contenido, que

---

<sup>654</sup> OLIVENCIA RUIZ, M. "El seguro de responsabilidad civil y la protección de la víctima. En especial en los daños causados por la gran empresa: la acción directa y las excepciones oponibles". Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa. 1994, p.187.

<sup>655</sup> STS de 23 de abril de 2009 (RJ 2009, 3164)

<sup>656</sup> Entre otras, STS de 22 noviembre 2006 (RJ 2007, 297).

podría haber opuesto frente a su asegurado en el caso de que éste fuera quien hubiese reclamado.<sup>657</sup> Son cláusulas delimitadoras del riesgo, que definen de forma clara el siniestro que dará lugar a la reclamación y además, determinan el período temporal de la cobertura, que se identifica en tiempo de vigencia del contrato, dentro del que debe haberse efectuado la reclamación que obliga al asegurado a indemnizar al perjudicado.<sup>658</sup>

El perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato, según se establece en el art. 73 LCS (el asegurador se obliga dentro de los límites establecidos «en la Ley y en el contrato», a cubrir el riesgo por un hecho previsto en el mismo) y por eso el art. 76, «in fine», obliga al asegurado, a los efectos del ejercicio de la acción directa, a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido, para que, a su vista, puedan conocer cómo se ha delimitado el riesgo cubierto. Los límites objetivos de la cobertura del seguro determinan, por consiguiente, el contenido sustancial de la obligación del asegurador.<sup>659</sup>

Por tanto son excepciones objetivas oponibles: la inexistencia de un contrato de seguro de responsabilidad civil entre asegurador y asegurado, o la extinción de la relación contractual, la inexistencia del siniestro mismo y que el perjudicado quede fuera de la cobertura del seguro en su delimitación causal, temporal o espacial, o en cuanto exceda la reclamación de los límites cuantitativos establecidos o pactados. Frente a estas excepciones objetivas, las excepciones en sentido estricto se refieren tanto a la culpa del perjudicado, al pago o a la prescripción.

---

<sup>657</sup> STS de 23 de abril de 2009 (RJ 2009, 3164). STSJC de 23 de julio de 2013 (JUR 2013,343936). El supuesto concreto se refiere a la oposición ante tercero del periodo temporal de cobertura de la póliza, existía, por tanto, una delimitación del período temporal de cobertura, que las partes podían pactar en virtud de lo establecido en el art. 73 LCS, que les afecta y que nadie ha impugnado. En consecuencia, afecta también a los que ejerciten la acción directa.

<sup>658</sup> STS de 8 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1527). En el mismo sentido SSTs de 28 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 3403) y 20 de julio de 2011 (2011,6128).

<sup>659</sup> STS de 8 de febrero de 2006 (RJ 2006, 544).

## ***CAPITULO VI***

### ***LA RESPONSABILIDAD DE LA COMPAÑÍA POR PRODUCTO DEFECTUOSO.***

#### ***1.- Marco normativo.***

Comenzamos este trabajo planteando un caso como excusa para abordar el esquema de responsabilidad de las aseguradoras en atención a un resultado lesivo derivado de una mala praxis del personal sanitario de sus cuadros médicos, pero existen no pocos ejemplos que introducen un matiz que nos obliga a preguntarnos por la responsabilidad de las compañías por daño derivado de producto defectuoso.

La casuística que podemos encontrar al respecto es amplia y habla de supuestos en los que, por ejemplo, el paciente asegurado es contagiado de hepatitis o de SIDA a las resultas de una transfusión recibida en un centro hospitalario del la compañía, o es infectado tras una intervención quirúrgica como consecuencia de la ventilación del quirófano del centro concertado, o el caso del órgano malogrado destinado a un trasplante a las resultas de la solución preparada en el centro sanitario de la compañía, el suministro al paciente de una fórmula magistral, un medicamento o una prótesis defectuosa, la producción de daños al paciente a las resultas de la utilización por enfermeras o médicos de la compañía de instrumental en mal estado, etc.

Cabe plantear si el régimen de responsabilidad aplicable a los supuestos descritos, deriva de la obligación de la compañía de poner en mercado servicios que sean seguros y eficaces, en condiciones de objetiva determinación, al amparo del ya analizado artículo 148 TRLCU, o si el régimen es el propio de los productos defectuosos.

El planteamiento varía, en virtud de que consideremos a la compañía productora o suministradora de productos al paciente, o de que entendamos que es una mera usuaria del producto defectuoso, que ocasiona un daño a un tercero (paciente), en el marco de una prestación de servicios a favor de este último.

La vigente regulación en materia de protección por productos defectuosos, se encuentra regulada en el RD Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre,<sup>660</sup> por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, que supuso un esfuerzo titánico para superar la fragmentariedad regulatoria existente en materia de consumo<sup>661</sup>, dando cumplimiento al mandato establecido en la Ley 44/2006 de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios<sup>662</sup>, derogándose entre otros textos legales, la Ley 22/1994 de Responsabilidad civil por Productos Defectuosos que hasta la fecha era la vigente en la materia. Tras la reforma del referido texto refundido por Ley 3/2014 de 27 de marzo, queda definitivamente regulada en su libro III, artículos 128 a 149, bajo la rúbrica “la responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos,” regulándose ambas facetas, la responsabilidad por productos y la proveniente por servicios defectuosos.

La responsabilidad por producto defectuoso que postula nuestra Ley es una responsabilidad objetiva,<sup>663</sup> trasunto de la responsabilidad propuesta en la Directiva

---

<sup>660</sup> Reformada por Ley 3/2014 de 27 de marzo.

<sup>661</sup> CAVANILLAS MÚGICA, S.: “El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias”, en AC, núm. 1. 2008, pp. 17 y 18. El resultado de la refundición que culminó en el texto refundido de 2007 se aproxima a una especie de código de Derecho de Consumo, en el sentido de que se trata de un “texto notablemente articulado”, que está “compuesto de cuatro libros y organizado sistemáticamente de acuerdo con una disposición general-especial (entre los libros, pero también, en el seno de cada uno de ellos, entre sus títulos o capítulos) que lo aproxima a un código”.

<sup>662</sup> En concreto, la disp. final 5.ª de esta L 44/2006, de 29 de diciembre, establecía que «se habilita al Gobierno para que en el plazo de doce meses proceda a refundir en un único texto la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las Directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos». Nótese que, a tenor de esta amplia y elástica fórmula de delegación legislativa, el cometido del Gobierno de elaborar el texto refundido de la legislación de consumo no se circunscribía «a la mera formulación de un texto único» sino que se le facultaba para «regularizar, aclarar y armonizar» los textos legales objeto de la refundición (conforme a la posibilidad prevista por el art. 82.5 CE).

<sup>663</sup> Ninguna duda cabe de que el régimen de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos sigue siendo de responsabilidad *objetiva*, de manera que la prueba de la negligencia de la persona que causó el daño no es requisito para que sea responsable del mismo (ex art. 139 TRLCU), siendo pues irrelevante la existencia o no de culpabilidad por parte del fabricante o el importador (o, en su caso, del proveedor) y sin que el responsable pueda quedar exonerado, ex art. 140 TR, demostrando que actuó con la diligencia debida (SSAP de Sevilla de 15 mayo 2006 (JUR 2007,42772) y 30 noviembre

85/374/CEE, derivada del carácter defectuoso de los productos con independencia de la culpa del productor.<sup>664</sup>

La Directiva pretendió alcanzar, en materia de responsabilidad por producto defectuoso, una armonización completa de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros<sup>665</sup> que no afecta a los derechos que el damnificado pueda tener con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual o con arreglo a algún régimen especial de responsabilidad existente en los países de aplicación, que tendrán preferencia sobre este.<sup>666</sup>

---

2006 (JUR 2007,163780). De la ingente cantidad de decisiones jurisprudenciales que así lo reconocen, cabe citar, a título de ejemplo, la STS de 30 abril 2008 (RJ 2008,2686); y en sede de Audiencias Provinciales, podemos citar las de Salamanca de 16 septiembre 2009 (JUR 2009, 424557), de Islas Baleares de 23 junio 2009 (JUR 2009,309129) y 9 junio 2009 (JUR 2009311386), Jaén de 27 abril 2009 (JUR 2009,272302) o La Rioja de 20 marzo 2009 (JUR 2009,234459).

<sup>664</sup> Artículo 139 del TRLGDCU, en virtud del cual el perjudicado puede obtener una indemnización por los daños causados por un producto defectuoso, siempre que pruebe el defecto, el daño y la relación de causalidad.

<sup>665</sup> SSTJCE de 25 de abril de 2002 (TJCE 2002, 139), Comisión/Francia, C-52/00, Rec. p. I-3827, apartado 24, y Comisión/Grecia (TJCE 2002, 140), C-154/00, Rec. p. I-3879, apartado 20, y de 10 de enero de 2006 (TJCE 2006, 3), Skov y Bilka, C-402/03, Rec. p. I-199, apartado 23. Por el contrario, tal como se desprende de su decimotavo considerando, la Directiva 85/374 no persigue armonizar de manera exhaustiva el ámbito de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos más allá de los aspectos que regula (STJCE de 4 de junio de 2009 (TJCE 2009, 157), Moteurs Leroy Somer, C-285/08, Rec. p. I-4733, apartados 24 y 25).

<sup>666</sup> STJCE de 21 de diciembre de 2011, Asunto C-495/10: “(...) la existencia de normas nacionales que establecen la responsabilidad del prestador de servicios por daños causados por el uso de un producto defectuoso no afecta negativamente ni a la efectividad de la Directiva 85/374/CEE ni a los objetivos perseguidos por ésta y por ello su existencia es conforme con el derecho de la Unión. No obstante lo expuesto, este régimen nacional no puede formar un obstáculo para la aplicación del régimen de responsabilidad del fabricante establecido en la Directiva y ha de reconocer tanto a la persona que sufrió los daños como al prestador de servicios la facultad de reclamar responsabilidades al productor del producto defectuoso, siempre que se cumplan los requisitos establecidos a tales efectos en la Directiva.”

Tal como se desprende de su decimotavo considerando, la Directiva 85/374 no persigue armonizar de manera exhaustiva el ámbito de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos más allá de los aspectos que regula (STJCE de 4 de junio de 2009 (TJCE 2009, 157), Moteurs Leroy Somer, C-285/08, Rec. p. I-4733, apartados 24 y 25). De esta forma, el perjudicado puede tener un derecho al resarcimiento, basándose en la responsabilidad contractual o en la responsabilidad extracontractual, distinto del que se contempla la Directiva.

El alcance de la armonización descrita se pone de manifiesto en la jurisprudencia del TJCE, en sentencias como las conocidas "Comisión/Francia"<sup>667</sup> y "Comisión/Grecia"<sup>668</sup> de 25 de abril de 2002. En ellas, el Tribunal señala que "... el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros para regular la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, se fija exclusivamente en la propia Directiva, por lo que, para determinar dicho margen, debe estarse al tenor, objeto y sistema de ésta".<sup>669</sup> Puesto que la directiva persigue una armonización completa de los aspectos que regula, tiene un carácter exhaustivo o *numerus clausus*.<sup>670</sup> No se va a admitir una regulación en materia de productos defectuosos distinta de la que marca la directiva y en su virtud no se van a admitir aspectos distintos de responsabilidad en el productor, suministrador o proveedor del producto distintos de los señalados en la Ley.<sup>671</sup>

---

<sup>667</sup> Véase el fundamento jurídico nº 16 de este fallo, asunto C-52/00, RJTJ p. I-3827 BOURGES, "La interpretación de la Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por productos defectuosos según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", Gaceta Jurídica de la UE, nº 222, 2002, 33-40; CALAIS-AULOY, "Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel (CJCE, 25 avril 2002)", Le Dalloz, nº 31/7084, 2002, 2458-2461; LARROUMET: "Consommation: Les transpositions française et espagnole de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux devant la CJCE", Le Dalloz, nº 31/7084, 2002, 2465-2466. Cabe recordar que, por considerar que Francia no había adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a esta sentencia, la Comisión interpuso el 14 de abril de 2004 un recurso ante el TJCE (asunto-C177/04). El objetivo de dicho recurso es que se que se ordene a Francia pagar una multa coercitiva de 137.150 euros por cada día de retraso en la ejecución de la sentencia "Comisión/Francia", al seguir considerando al distribuidor de productos defectuosos responsable por el mismo concepto que el productor, cuando el distribuidor haya indicado al perjudicado la identidad de su propio suministrador dentro de un plazo razonable.

<sup>668</sup> Fundamento jurídico nº 12 de este fallo, asunto C-154/00, RJTJ p. I-3879.

<sup>669</sup> Fundamento jurídico nº 25 del fallo de 25 de abril de 2002, asunto C-183/00, RJTJ pág. I-3901. BOURGES: nota 16 supra, 42-44; GONZÁLEZ VAQUÉ: "La Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por productos defectuosos en la jurisprudencia del TJCE de los riesgos del desarrollo a la franquicia de 500 euros", Unión Europea Aranzadi, nº 1, 2003, 8-9; y GRYNFOGEL, "La mise en oeuvre de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux: heurs et malheurs de l'harmonisation européenne", La Gazette du palais, nº 23, 2003, 1451-1453.

<sup>670</sup> Considerando primero de la Directiva 85/374/CEE. SSTJCE de 25 de abril de 2002 (TJCE 2002, 139), Comisión/Francia, C-52/00, Rec. p. I-3827, apartados 17 y 29, y Comisión/Grecia (TJCE 2002, 140), C-154/00, Rec. p. I-3879, apartados 13 y 29.

<sup>671</sup> STJE de 10 de mayo de 2001 (TJCE 2001, 133), Veedfald, C-203/99, Rec. p. I-3569. El artículo 3.3 de la citada Directiva sólo prevé la responsabilidad del proveedor en el supuesto en que el productor no pueda ser identificado. El hecho de que la Ley danesa (Ley número 371), estableciera en su artículo 10, que el proveedor responde directamente de los defectos de un producto frente a los perjudicados, implica que el legislador danés amplió el círculo de los responsables contra los que el consumidor

En nuestro ordenamiento, los artículos del Texto Refundido (135 a 146), que regulan específicamente la responsabilidad por productos defectuosos, son fiel trasunto del articulado contenido en la directiva comunitaria reseñada.<sup>672</sup> Se exige que todo aquel que participa en un proceso de producción, debe responder en caso de que el producto acabado o una de sus partes o bien las materias primas que hubiera suministrado fueran defectuosos. Por la misma razón, la responsabilidad debe extenderse a todo el que importe productos en la Comunidad y a aquellas personas que se presenten como productores poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo. También se exige responsabilidad a los que suministren un producto cuyo productor no pudiera ser identificado.<sup>673</sup>

La responsabilidad por producto defectuoso que regula nuestro TRLCU, no es una responsabilidad objetiva plena, pues si bien, en su artículo 139, no requiere del perjudicado que pruebe la culpabilidad del fabricante, sí que le exige la prueba del

---

perjudicado tiene derecho a ejercitar una acción con arreglo al régimen de responsabilidad establecido por la Directiva 85/374/CEE superando los límites fijados por ésta, lo que no es admitido. Lo que no empuja lo preceptuado en la Directiva 85/374/CEE, en su artículo 13, en virtud del cual: “ (...) no (se) afectará a los derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual o con arreglo a algún régimen especial de responsabilidad existentes en el momento de la notificación de la presente Directiva”.

GONZÁLEZ VAQUÉ: "La eventual modificación de la Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por productos defectuosos: la aportación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al debate comunitario", Estudios sobre Consumo, n° 64, 2003, 35-37; y SALAZAR ROMERO: "La Directiva 85/374/CEE y el régimen comunitario de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (II)", Revista General de Derecho europeo, n° 8, 2005, 2-3. [http://www.iustel.com/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_revistas=13](http://www.iustel.com/revistas/detalle_revista.asp?id_revistas=13).

<sup>672</sup> Directiva 85/374/CEE. Artículo 1 que “el productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos”. A tenor del artículo 3 de dicha Directiva: “1. Se entiende por "productor" la persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto. 2. Sin perjuicio de la responsabilidad del productor, toda persona que importe un producto en la Comunidad con vistas a su venta, alquiler, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución en el marco de su actividad comercial será considerada como productor del mismo, a los efectos de la presente Directiva, y tendrá la misma responsabilidad que el productor. 3. Si el productor del producto no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informara al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable. Lo mismo sucederá en el caso de los productos importados, si en éstos no estuviera indicado el nombre del importador al que se refiere el apartado 2, incluso si se indicara el nombre del productor.”

<sup>673</sup> SAP de Madrid de 10 de febrero de 2009 (AC 2009,887).



defecto del producto,<sup>674</sup> lo que no sería necesario si el sistema de responsabilidad fuese objetivo puro.<sup>675</sup> Asimismo tiene que existir una relación de causalidad entre el defecto y el daño.<sup>676</sup> Un régimen de responsabilidad objetivo solo prescinde del factor de atribución (dolo o culpa), pero no de la relación de causalidad.

No se produce ninguna inversión de la carga probatoria, poniéndola a cargo del fabricante, distribuidor, o proveedor del producto".<sup>677</sup>

## **2.- Producto defectuoso.**

La noción de defecto se vincula, a las resultas del carácter objetivo de responsabilidad que se postula, a la idea de seguridad.<sup>678</sup> El artículo 137.1 TRLCU define como "producto defectuoso", "aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente

---

<sup>674</sup> STS de 19 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1895). "Se impone al perjudicado la obligación de probar el defecto. Ahora bien no es necesaria la prueba del concreto defecto que haya producido el daño, siendo suficiente acreditar su existencia, aunque no se pueda determinar la clase del mismo; habrá de convencer al Juzgador de que el producto era inseguro". STS de 30 de abril de 2008 (RJ 2008, 2686) "no es necesaria la prueba del concreto defecto que haya producido el daño, siendo suficiente acreditar su existencia, aunque no se pueda determinar la clase del mismo", bastando que la parte demandante haya logrado "convencer al Juzgador de que el producto era inseguro", "correspondiendo al fabricante acreditar la idoneidad del producto la concurrencia de otras causas que pudieran exonerarle de responsabilidades, bastando al perjudicado acreditar el daño sufrido y el enlace causal" STS de 21 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2133).

<sup>675</sup> PARRA LUCAN, M<sup>a</sup>. A. (REGLERO CAMPOS, F.L. Coordinador): Tratado de Responsabilidad Civil" Volumen II, Capítulo XXII. Productos defectuosos. Thomson. Aranzadi. 2008., pp. 654 y 655.

<sup>676</sup> PARRA LUCÁN M<sup>a</sup> A.: "La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de los servicios." Reus 2011., pp. 147 a 156. No se nos escapa la gran dificultad que en muchas ocasiones la prueba de este nexo causal representa para el perjudicado, sobre todo en determinados productos, y es por ello que se debe acudir a este respecto al criterio flexible mantenido por el Tribunal Supremo en materia de prueba de causalidad, que deja al buen juicio del Tribunal sentenciador la determinación fáctica de la causalidad. STS de 21 de abril de 2005 (JUR 2005, 122401), "Frecuentemente, y este supuesto no constituye una excepción, en materia de responsabilidad del fabricante por productos defectuosos, la prueba de la relación de causalidad puede resultar extremadamente dificultosa para el dañado. Será complicado demostrar que el daño sufrido sea consecuencia del defecto del producto y no de otras causas. No obstante, debe recordarse el criterio flexible mantenido por el Tribunal Supremo en materia de la prueba de la causalidad, que deja al buen juicio del Tribunal de Instancia la determinación fáctica de la causalidad (valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índices de responsabilidad dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos)."

<sup>677</sup> STS de 21 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 5495).

<sup>678</sup> Concepto importado del sistema norteamericano (products liability), diverso del concepto derivado de nuestro CC.

esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y especialmente, su presentación,<sup>679</sup> el uso razonablemente previsible del mismo<sup>680</sup> y el momento de su puesta en circulación”.<sup>681</sup>

Nuestra jurisprudencia cataloga como defectuosos “los productos que no responden a la seguridad que cabe legítimamente esperar de su uso por falta de comprobación, en el momento de la puesta en circulación, de la falta de toxicidad o peligrosidad,<sup>682</sup> cuando esta aparece como razonablemente posible. No se trata de apreciar de manera general si el producto es apto para el uso para el cual había sido puesto en circulación, sino, de manera bastante más precisa, de pronunciarse sobre la seguridad que presenta, en particular cuando no ofrece la seguridad que se puede esperar legítimamente del mismo.”<sup>683</sup> “El concepto legal de defecto, siguiendo la Directiva Comunitaria 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, incorpora la experiencia de Estados Unidos en la materia de productos “liability”, que resulta flexible y amplio, y, al no concurrir factores subjetivos, la seguridad se presenta como exigencia del producto, pues se trata de un derecho que asiste a todo consumidor, (todo afectado),<sup>684</sup> en cuanto que el producto puede ser utilizado sin riesgos para su integridad física o patrimonial.”<sup>685</sup> “La existencia del defecto resulta del concepto que del mismo establecía la Ley 22/1994 y ha de relacionarse necesariamente con la seguridad que el

---

<sup>679</sup> La presentación hace referencia a la forma de comercialización del producto, a las instrucciones y a la información que se suministra al destinatario del producto. Inclusive la publicidad. PARRA LUCÁN, M. A: “La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios.” Colección Derecho de Consumo. Madrid. 2011, p. 128.

<sup>680</sup> Habrán de tenerse en cuenta en las instrucciones.

<sup>681</sup> STJUE de 9 de febrero de 2006 (asunto C-127/2004) determina que se entiende por puesta en circulación cuando el producto “sale del proceso de fabricación establecido por el productor y entra en el proceso de comercialización quedando a disposición del público con el fin de ser utilizado o consumido.”

<sup>682</sup> PARRA LUCÁN, M. A: “La protección del consumidor... ob cit, p. 128. STS de 9 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 1408). La autora concreta que “no sólo es aquel que se concreta en la existencia de riesgos derivados de la toxicidad o peligrosidad de un producto, sino también el que consiste en la ausencia de las comprobaciones necesarias para excluir dichos riesgos, pues esta ausencia constituye en sí un riesgo.”

<sup>683</sup> STS de 9 de diciembre de 2010 (RJ 545/2010).

<sup>684</sup> La aclaración entre paréntesis es mía.

<sup>685</sup> STS de 21 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2133).

producto debe ofrecer, y, si esto no sucede, impone considerar al producto como defectuoso".<sup>686</sup>

Existen defectos en el producto no sólo por una defectuosa fabricación o diseño, también cuando hay una falta de información.<sup>687</sup> No mera omisión de información sino omisión generadora de daño al paciente.<sup>688</sup> Circunstancia especialmente relevante cuando hablamos de utilización de medicamentos, preparados o incluso prótesis.

El defecto de información determina el carácter defectuoso del producto a efectos de indemnización por daño siempre, y cuando la omisión o incorrecta información sea la causa. El etiquetado, la ficha técnica y el prospecto constituyen vertientes fundamentales del derecho a la información en ámbito del derecho sanitario. Si en el prospecto de un medicamento no se hallan suficientemente descritos los hechos adversos del mismo, siendo la información en el contenido, insuficiente e inadecuada en orden a posibilitar el consentimiento informado completo y suficiente para la ingesta del fármaco, dicha circunstancia permite calificar de defectuoso a un medicamento que, genera sin duda unas expectativas de seguridad que no se

---

<sup>686</sup> SAP Barcelona de 22 de enero de 2014 (AC 2014, 514). En el mismo sentido STS de 19 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1895), cuyo criterio es reproducido en multitud de sentencias, sirva como ejemplo la SAP de Barcelona de 7 junio de 2012. (AC 2013,536).

<sup>687</sup> STS de 1 de junio de 2011 SIC (RJ 2011, 4639): El producto es defectuoso cuando se omite una adecuada información sobre los riesgos que comporta el uso del mismo.

<sup>688</sup> Resulta muy ilustrativa al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2399), cuando señala que "Aún admitiendo que la falta de información no es "per se" una causa de resarcimiento pecuniario (no da lugar a una indemnización si no hay daño derivado, evitable de haberse producido), se reconoce que se produjo el daño que fundamenta la responsabilidad de quienes debiendo informar no lo hicieron, teniendo en cuenta que el riesgo se materializó aunque se excluya la conducta negligente por parte de quien llevó a cabo la intervención quirúrgica, que era necesaria y era la única alternativa posible para obtener la curación del paciente", concluyendo finalmente en reconocer una indemnización por lo que denomina "la pérdida de oportunidad". Esta sentencia reitera, en todo caso, la necesidad de que se evidencie un daño derivado de la intervención, daño que ciertamente se materializó en aquel supuesto y del que el paciente no tuvo información previa suficiente, por lo que la indemnización no sería procedente si pese a la defectuosa o insuficiente información del facultativo médico, la intervención hubiera resultado un éxito y no se hubiera causado ningún perjuicio al paciente. Por tanto, la prueba de que hubo una defectuosa información no da lugar, por sí misma, a indemnización alguna pues falta el requisito imprescindible de que se haya causado un daño, que es el presupuesto del que parten las normas citadas.

corresponden con el producto.<sup>689</sup> Responsabilidad exigible al fabricante o TAC (Titular de la Autorización de Comercialización).<sup>690</sup>

La existencia de una defectuosa información contiene implícita la exigencia y el deber de notificar por parte de los agentes sanitarios a la Agencia Española del Medicamento las sospechas de reacciones adversas graves que ocurran en España o fuera de España, que pueda influir en la evaluación global de la relación beneficio-riesgo o bien pueda requerir la modificación de la ficha técnica, prospecto o ambos.<sup>691</sup>

La Ley 26/2006 de 26 de julio de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios, distingue entre la información científica que va dirigida a los sanitarios y la

---

<sup>689</sup> Criterio refrendado por las SSTs de 18 de junio de 2013 (RJ 2013,4630) en la que el objeto del proceso no es fijar un hecho científico ni una técnica universal, sino determinar si se ha acreditado la existencia de efectos secundarios del fármaco no descritos en el prospecto y, si con arreglo a la normativa aplicable, debían figurar en él.

<sup>690</sup> SAP de 16 de marzo de 2009 (AC 2009,1534), señala que en virtud del R. D. 711/2002, de 19 de julio que regula la farmacovigilancia de medicamentos de uso humano, la obligación de informar de los efectos del medicamento corresponde a la empresa que lo fabrica o que lo comercializa, y el conocimiento por parte del paciente del fármaco que se le ha pautado deviene esencial para la mejor ponderación del beneficio/riesgo que es en definitiva la balanza sobre la que debe decidirse la utilización o no del producto. El laboratorio demandado no puede escudarse ni en los facultativos sanitarios (médicos y farmacéuticos), ni en la administración sanitaria, porque el indicado deber de información le corresponde en exclusiva. También le corresponde el deber de farmacovigilancia y por ende de actualización de los prospectos, si se evidencian razones para ello, como así ha ocurrido en el caso de autos, obligación de vigilancia que establece el artículo 57-2 de la ley 25/1990, del Medicamento, y se reitera en los artículos 8, 9 y 10 del Real Decreto 711/2002, que regula la farmacovigilancia de medicamentos de uso humano. Por su parte, la Circular 15/2002, de la Agencia Española del Medicamento refiere que “La responsabilidad legal derivada del cumplimiento de las obligaciones de farmacovigilancia recae siempre en el TAC (Titular de la Autorización de Comercialización).”

<sup>691</sup> STS de 10 de julio de 2014 (RJ 2014,4318). Citamos asimismo STS de 18 de julio de 2013 (RJ, 2013, 4630): que señala que “un adecuado ejercicio de esa actividad de farmacovigilancia compromete a todos los agentes implicados con el fin de asegurar una comunicación efectiva entre ellos. Uno de ellos el titular de la autorización tiene obligación de llevar un registro y notificar a la Agencia Española del Medicamento las sospechas de reacciones adversas y reacciones adversas graves que ocurran en España o fuera de España; realizar informes periódicos de seguridad que debe incluir una evaluación científica de los beneficios y riesgos asociados al medicamento, teniendo en cuenta las sospechas de reacciones adversas notificadas; realizar, cuando se precise, estudios post-autorización para confirmar, cuantificar o caracterizar riesgos potenciales, o bien aportar información científica nueva sobre la relación beneficio-riesgo de los medicamentos autorizados en España; realizar una evaluación continua de la relación beneficio-riesgo de los medicamentos que tenga autorizados en España y comunicar inmediatamente a la Agencia Española del Medicamento toda aquella nueva información que pueda influir en la evaluación global de la relación beneficio-riesgo o bien pueda requerir la modificación de la ficha técnica, prospecto o ambos ( artículo 8 RD 711/2002)).”

información del prospecto, dirigida a los pacientes. Esta última tiene una relación directa con el correcto uso de los productos, al establecer la necesidad de que al paciente se le suministren instrucciones para su administración, empleo y conservación, así como sobre los efectos adversos, interacciones y contraindicaciones.<sup>692</sup>

---

<sup>692</sup> El artículo 15 de la Ley 26/2006 de 26 de julio de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios, relativo a las garantías de información, reformado por la Ley 10/2013, de 24 de julio, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre fármaco vigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, determina que: “1. El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad regulará los aspectos relativos a las garantías de información: características, extensión, pormenores y lugares donde deba figurar. En todo caso, para la elaboración de esta información sobre el medicamento, su titular proporcionará información escrita suficiente sobre su identificación, indicaciones y precauciones a observar en su empleo. Esta información se presentará, al menos, en la lengua española oficial del Estado y con ella se elaborará la ficha técnica, el prospecto y el etiquetado. Los textos y demás características de la ficha técnica, el prospecto y el etiquetado forman parte de la autorización de los medicamentos y han de ser previamente autorizados por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. Sus modificaciones requerirán asimismo autorización previa o notificación, según proceda. 3. El prospecto, que se elaborará de acuerdo con el contenido de la ficha técnica, proporcionará a los pacientes información suficiente sobre la denominación del principio activo, identificación del medicamento y su titular e instrucciones para su administración, empleo y conservación, así como sobre los efectos adversos, interacciones, contraindicaciones, en especial los efectos sobre la conducción de vehículos a motor, y otros datos que se determinen reglamentariamente con el fin de promover su más correcto uso y la observancia del tratamiento prescrito, así como las medidas a adoptar en caso de intoxicación. El prospecto deberá ser legible, claro, asegurando su comprensión por el paciente y reduciendo al mínimo los términos de naturaleza técnica. 4. En el etiquetado figurarán los datos del medicamento, como la denominación del principio activo, del titular de la autorización, vía de administración, cantidad contenida, número de lote de fabricación, fecha de caducidad, precauciones de conservación, condiciones de dispensación y demás datos que reglamentariamente se determinen... 5. A fin de garantizar el acceso a la información de las personas invidentes o con discapacidad visual, en todos los envases de los medicamentos deberán figurar impresos en alfabeto braille los datos necesarios para su correcta identificación...”. El artículo relativo a la objetividad y a la calidad de la información y promoción dirigida a los profesionales sanitarios dispone: “ 1. La información y promoción dirigida a los profesionales sanitarios, bajo control de las Administraciones sanitarias en los términos previstos en el artículo 102.1 de la Ley General de Sanidad, deberá estar de acuerdo con la información técnica y científica autorizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y deberá ser rigurosa, bien fundada y objetiva y no inducir a error, de acuerdo con la legislación vigente, y ajustarse a la ficha técnica. 2. La información y promoción podrá realizarse a través de soportes escritos, audiovisuales o de otra naturaleza, dirigidos con exclusividad a profesionales sanitarios y tendrá carácter científico. En el caso de informes o artículos financiados por un laboratorio farmacéutico o entidad relacionada con el mismo, deberá especificarse esta circunstancia en la publicación...”

Debemos diferenciar los supuestos de una defectuosa información en el medicamento que se prescribe al paciente, de aquellos otros supuestos en los que existe una defectuosa prescripción o información por parte del facultativo del cuadro médico de la compañía, que entra de lleno no en la responsabilidad por producto defectuoso sino por servicio defectuoso,<sup>693</sup> sobre la base de lo preceptuado en el artículo 77.2 de la Ley 26/2006 de 26 de julio de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios, que dispone: “En las recetas y órdenes hospitalarias de dispensación, el facultativo incluirá las pertinentes advertencias para el farmacéutico y para el paciente, así como las instrucciones para un mejor seguimiento del tratamiento a través de los procedimientos de la atención farmacéutica, con el fin de garantizar la consecución de los objetivos sanitarios de aquéllas.”<sup>694</sup>

Son sujetos protegidos,<sup>695</sup> los perjudicados por el producto defectuoso, con independencia de que tengan o no el concepto de consumidores en sentido estricto.<sup>696</sup> Por tanto, se ha de entender por perjudicado a la víctima, esto es, la persona que sufre un daño a consecuencia de un producto defectuoso, haya o no adquirido ese producto.<sup>697</sup> La directiva ofrece un marco de protección alejado de cualquier concepción basada en la relación entre los sujetos, es decir de que exista o no una relación contractual, ya que la Ley no se limita a proteger al adquirente del producto

---

<sup>693</sup> Sirva de ejemplo la STS de 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 138), en la que ante un infarto sufrido por una persona sometida a un proceso de fertilización, a las resultas de un medicamento prescrito con unas determinadas contraindicaciones, se demanda al médico y aseguradora de grupo hospitalario y no al fabricante sobre la base de considerar insuficiente la información suministrada sobre el medicamento y la posibilidad de sufrir un ictus cerebral.

<sup>694</sup> PARRA LUCÁN M<sup>a</sup> A.: “La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de los servicios.” Reus 2011., pp. 147 a 156.

<sup>695</sup> Exposición de Motivos de la Directiva 85/374/CEE.

<sup>696</sup> GOMEZ POMAR: “Ámbito de protección de la responsabilidad de producto”. En Tratado de responsabilidad civil del fabricante. Thomson. Civitas. 2008., pp. 670 a 672. Según el artículo tercero del TRLCU, el concepto de consumidor, entendiendo por tal a la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, no es de aplicación a la regulación contenida en el Libro III de la Ley que trata precisamente de la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos. Se aplica por tanto el régimen de responsabilidad por producto defectuoso a cualquier persona que usa o consume un producto, si sufre un daño en ese uso o consumo.

<sup>697</sup> BERCOVITZ, R. (Coordinador): “Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias” Aranzadi. Thomson Reuters, Cizur Menor. Navarra. 2009. Comentario a artículo tercero.

defectuoso, sino al que sea víctima del mismo quedando así protegido el perjudicado en su relación contractual y extracontractual con el producto defectuoso. No es precisa adquisición alguna, sino que basta con sufrir daño a las resultas de su utilización o aplicación.

La responsabilidad por productos defectuosos y la derivada de servicios defectuosos no se excluyen,<sup>698</sup> sino que pueden coexistir. El problema es determinar si es posible conceptualizar a la compañía como productora o suministradora de productos defectuosos o por el contrario su responsabilidad en el ámbito sanitario ha de encuadrarse exclusivamente en el régimen de responsabilidad cuasiobjetivo que propugna el artículo 148 TRLCU.

### ***3.- La Compañía de seguros como productora de productos defectuosos.***

La actividad de la compañía sanitaria es esencialmente asegurativa, en la organización y provisión del servicio sanitario. Es actividad distinta a la asistencial en sentido estricto, por lo que parece ilógico que defendamos que la entidad pueda ser responsable, como productora, de los daños que puedan ocasionar fórmulas magistrales o preparados elaborados por los servicios farmacológicos de los centros incluidos en sus cuadros médicos, al amparo de la regulación por productos defectuosos. Cosa distinta es que consideremos que la compañía, en la provisión de asistencia no sólo suministra servicios sino también productos farmacológicos o médicos que pueden ser defectuosos y por tanto susceptibles de ocasionar un daño al asegurado, circunstancia distinta, que será objeto de análisis en el siguiente epígrafe.

A tenor de los artículos 5 y 138 del TRLCU se considera productor, al fabricante del producto terminado, fabricante de cualquier elemento integrado en el producto terminado, fabricante de una materia prima y quien se presente como fabricante al

---

<sup>698</sup> Tal como se desprende de su decimoctavo considerando, la Directiva 85/374 no persigue armonizar de manera exhaustiva el ámbito de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos más allá de los aspectos que regula (STJCE de 4 de junio de 2009 (TJCE 2009, 157), *Moteurs Leroy Somer*, C-285/08, Rec. p. I-4733, apartados 24 y 25). De esta forma, el perjudicado puede tener un derecho al resarcimiento, basándose en la responsabilidad contractual o en la responsabilidad extracontractual, distinto del que se contempla la Directiva.

indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio, su nombre, marca u otro signo distintivo. Es decir, la Ley se queda, de los posibles significados atribuibles al término productor, no con el relativo al que procura, origina u ocasiona, que de ser así podría suponer la implicación de la compañía al facilitar un esquema de financiación u organización dentro del que cual se genera el producto defectuoso, sino el relativo al que fabrica, siendo eso sí fabricante, cualquiera que participa en el proceso de fabricación del producto.<sup>699</sup>

Nuestra jurisprudencia y doctrina se manifiesta unánimemente a favor de considerar que el concepto legal de fabricante supera la exigencia de producción en serie, así, aunque el artículo 137.2 TRLGDCU señala que “un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie”, ello no implica que necesariamente el defecto sólo pueda manifestarse en productos derivados de una producción en cadena. El defecto puede darse en productos únicos como los medicamentos elaborados en atención a fórmulas magistrales,<sup>700</sup> pero la

---

<sup>699</sup> PARRA LUCAN, M<sup>a</sup>., (REGLERO CAMPOS, F.L. Coordinador): Tratado de Responsabilidad Civil” Volumen II, Capítulo XXII. Productos defectuosos. Thomson. Aranzadi. 2008., pp. 643 y 644. CODERCH, S. y RAMOS GONZÁLEZ, S.: “Defectos de producto” en Tratado de responsabilidad civil del fabricante. P. Salvador Coderch y F. Gómez Pomar (Editores), Civitas, Thomson Reuters, 2008, pp. 144 y ss. RAMOS GONZÁLEZ, S.: “Responsabilidad civil por medicamento. Defectos de fabricación, de diseño y en las advertencias de las instrucciones.” Thomson-Civitas, 2004, pp 254 y ss. Se incluyen dentro de la responsabilidad del productor los llamados defectos de diseño, que en relación con productos médicos, sólo califica como defectuosos, los medicamentos o instrumental que podrían haber sido diseñados de una forma más segura a un coste más razonable. A este respecto la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios señala en su artículo 10.2, relativo a las garantías exigibles a la utilización de medicamentos que “la evaluación de los efectos terapéuticos positivos del medicamento se apreciarán en relación con cualquier riesgo relacionado con la calidad, la seguridad y la eficacia del medicamento para la salud del paciente o la salud pública, entendido como relación beneficio/riesgo.” Ya el RD 414/1996, de 1 de marzo, de regulación de los productos sanitarios señalaba: Los fabricantes deben cumplir con los principios de seguridad y eliminar los riesgos en la medida en que sea posible (artículo 6.3). Cualquier riesgo asociado al producto debe ser aceptable en relación con el beneficio que produzca (artículo 6.6). Deben adoptarse medidas de precaución adecuadas en relación con los riesgos e informar a los usuarios de los mismos (artículo 6.1).

<sup>700</sup> PARRA LUCÁN, M. A: “La protección del consumidor... ob cit, p. 136. El Real Decreto 175/2001, de 23 de febrero, por el que se aprueban las normas de correcta elaboración y control de calidad de fórmulas magistrales y preparados oficinales, define la fórmula magistral como “el medicamento destinado a un paciente individualizado, preparado por el farmacéutico, o bajo su dirección, para cumplimentar expresamente una prescripción facultativa detallada de las sustancias medicinales que incluye, según las



compañía no fabrica el producto, el producto es fabricado por los servicios farmacológicos de los centros hospitalarios comprendidos en los cuadros médicos de la compañía en los que se concreta la asistencia sanitaria.

El Real Decreto 175/2001, de 23 de febrero, por el que se aprueban las normas de correcta elaboración y control de calidad de fórmulas magistrales y preparados oficinales, recoge una serie de exigencias directamente relativas a la calidad y seguridad en el suministro de las fórmulas magistrales y preparados oficinales, los que “se dispensarán en envases adecuados a su naturaleza y al uso al que estén destinados, de forma que garanticen la protección del contenido y el mantenimiento de la calidad del mismo durante el tiempo de validez establecido por el farmacéutico elaborador. La dispensación irá acompañada de la información suficiente que garantice su correcta identificación, conservación y utilización. Esta información estará constituida por los datos que figuren en la etiqueta y por los que se incluyan en el prospecto, que deberán ser conformes al contenido de las monografías del Formulario Nacional.”<sup>701</sup> Su artículo 4.1.3.2, especifica: “en todo caso, (...) la responsabilidad de la

---

normas técnicas y científicas del arte farmacéutico, dispensado en su farmacia o servicio farmacéutico y con la debida información al usuario.” Preparado oficinal es “aquel medicamento elaborado y garantizado por un farmacéutico o bajo su dirección, dispensado en su oficina de farmacia o servicio farmacéutico, enumerado y descrito por el Formulario Nacional, destinado a su entrega directa a los enfermos a los que abastece dicha farmacia o servicio farmacéutico.” Artículos 46 y 50 de la Ley 29/2006 de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios: Se incluyen dentro del régimen de responsabilidad por productos defectuosos no sólo los medicamentos destinados al consumo humano. También se considerarán medicamentos los de origen humano derivados de la sangre, plasma, y el resto de sustancias con el mismo origen, fluidos, glándulas, excreciones, secreciones, tejidos, y cualesquiera otras sustancias, así como sus correspondientes derivados, cuando se utilicen con finalidad terapéutica, así como los productos homeopáticos.

<sup>701</sup> El artículo 17.4 de Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación señala que: “En cada orden de dispensación hospitalaria se podrán prescribir uno o varios medicamentos y uno o varios envases de los mismos. La dispensación de medicamentos se hará de acuerdo con el protocolo específico de cada tipo de tratamiento. El servicio de farmacia establecerá los mecanismos de comunicación más adecuados con los servicios médicos que permitan la atención integrada y corresponsable al paciente, comunicando al especialista prescriptor las incidencias que detecte en el seguimiento del tratamiento del paciente, con especial atención al cumplimiento y a la aparición de acontecimientos adversos. Teniendo en cuenta las especiales características de estos tratamientos, los farmacéuticos del servicio de farmacia responsables de la dispensación, podrán acceder a los datos clínicos necesarios para garantizar la efectividad y seguridad de la dispensación del medicamento.”

calidad de la fórmula magistral o del preparado oficial corresponde al farmacéutico preparador (...), que es el responsable de la fabricación del producto.<sup>702</sup>

El único supuesto de responsabilidad de la compañía sanitaria que podríamos contemplar en este apartado, es el supuesto relativo a hospitales o centros sanitarios que sean propiedad de compañías aseguradoras que cuenten con servicios de farmacología y que produzcan preparados que pudieran resultar defectuosos por no ajustarse en el proceso de fabricación a la normativa específica de habilitación, manipulación de componentes y elaboración del producto. Ahora, esta circunstancia no convierte a la compañía sanitaria en productora o fabricante de formulas o preparados, sino que la hace responsable del servicio al amparo del artículo 148 TRLCU, ya que incluye necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supone controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad. El productor es el centro o servicio o el profesional sanitario habilitado que lo ha elaborado y ambos planos de responsabilidad son compatibles.

#### ***4.- La Compañía de seguros como proveedora de productos defectuosos.***

El TJCE ha tenido ocasión de declarar en relación con las disposiciones de la directiva que determinan la responsabilidad del suministrador de productos defectuosos, que,

---

<sup>702</sup> ALBEROLA, C., AUSEJO, M., DELGADO, O, FERRARI, J.M., HERREROS DE TEJADA, A., MARFAGÓN, N.: "Manual de Procedimientos del Servicio de Farmacia. Hospital "12 de Octubre".Madrid, 1992. SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FARMACIA HOSPITALARIA: "Garantía de calidad en los Servicios de Farmacia Hospitalaria." Ed. Jarpyo editores, S.A. Barcelona, 1990. HERRERO DE TEJADA, A.: "Serie de medicamentos esenciales y tecnología nº 5.7 Guía para el Desarrollo de Servicios Farmacéuticos Hospitalarios Formulaciones Magistrales.", pp. 3 a 24. La elaboración o fabricación de un medicamento incluye todas las operaciones que intervienen en la preparación de un medicamento, desde la recepción de las materias primas, pasando por el proceso de elaboración, envasado, etiquetado y verificado final como producto acabado. Los centros sanitarios en los que se fabrican medicamentos, deben disponer de una zona específica para su elaboración y control, que ha de constar de un área de laboratorio y un área estéril (si se preparan o manipulan formas estériles). Debe existir al menos un farmacéutico responsable de las actividades de farmacotecnia y personal cualificado y auxiliar suficiente para las actividades que se realicen. En relación con los productos acabados existe un protocolo de control y un registro de fabricación y en el caso de ser fórmulas individualizadas, ha de figurar el nombre del paciente.

“tras haber ponderado las respectivas funciones de los distintos operadores económicos que intervienen en las cadenas de fabricación y de comercialización, se decidió, en el régimen jurídico instaurado por dicha Directiva, imputar la carga de la responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos en principio al productor, y sólo en determinados supuestos bien delimitados al importador y al suministrador”.<sup>703</sup>

El artículo 7 TRLCU, ubicado en el Libro Primero, en sede de «Disposiciones generales» (Cap. I, Tít. I), ofrece un concepto de proveedor. Define a tal como “el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución.”

Esta definición aparece como general y unitaria para la totalidad del Texto Refundido, sin que exista previsión particular alguna al respecto, en el Capítulo específico sobre responsabilidad por productos defectuosos. El Texto refundido sustituyó el concepto de suministrador que figuraba en la Ley 22/1994 por el de proveedor, distinción que es irrelevante, al presentarse los conceptos como equivalentes, incluso con el de distribución.<sup>704</sup>

Aunque el artículo 7 TRLCU identifica la persona del proveedor con la cualidad de empresario, es admitida la circunstancia, ya desde la Ley 22/1994, de que es equiparable tal condición a todos aquellos supuestos en los que la provisión, suministro o distribución, se haga a las resultas de una actividad ordinariamente profesional,<sup>705</sup> siempre eso sí, en el ejercicio de un marco comercial, que presupone la

---

<sup>703</sup> STJE de 10 de enero de 2006, (TJCE 2006, 3) Skov y Bilka C-402/03, Rec. I-199. Apartados 24, 26, 29, 30, 32 y 33.

<sup>704</sup> Esto se refleja a nivel europeo, no sólo de forma implícita –al hablarse *indistintamente* de uno u otro tanto en las SSTJCE de 10 de enero de 2006 (TJCE 2006/3) y 23 de noviembre de 2006 (asunto C-315/05; TJCE 2006/340), como en el Libro Verde de 1999 sobre la Responsabilidad civil por Productos Defectuosos y en el Segundo Informe de 2001 emitido por la Comisión en torno a la Dir. 85/374/CEE. Y expresamente en la Resolución del Consejo de 19 de diciembre de 2002 relativa a una enmienda de dicha directiva (LCEur 2003/250) DOCE C-26, de 4 febrero 2003. Viene a declarar que cualquiera de estos términos “se refiere a la persona que opera en la cadena de distribución”.

<sup>705</sup> En el plano comunitario, tanto el Libro Verde de 1999 sobre la Responsabilidad civil por Productos Defectuosos como el Segundo Informe de 2001 emitido por la Comisión Europea en torno a la aplicación de la directiva 85/374 se refieren repetidamente al “profesional que actúe como simple suministrador”

presencia de una finalidad económica o lucrativa,<sup>706</sup> insoslayable si nos estamos refiriendo a compañías privadas de seguro médico.

---

y hablan en todo momento de “la responsabilidad de los profesionales que actúen como simples proveedores de productos” y de “los profesionales que intervienen en la cadena de comercialización del producto.”

<sup>706</sup> Conviene puntualizar a este respecto que en la Ley española de Productos Defectuosos de 1994 (como en la propia directiva 85/374) la condición profesional o empresarial del responsable sólo figuraba explicitada a propósito del importador, pero no para el fabricante ni para el suministrador, y ello a diferencia, por ejemplo, de la legislación francesa, que de forma expresa reclama el carácter “profesional” de cada uno de esos sujetos (arts. 1386.6 y 1386.7 CC). Pese a ello, ya bajo la vigencia de la LRCPD se daba por presupuesta tal exigencia de profesionalidad en todos los eventuales responsables, considerándola implícita en la misma finalidad y razón de ser de la Ley (y de la directiva) y, sobre todo, en su artículo 6.1.c). Sin embargo, la redacción de este precepto (al usar la conjunción copulativa «ni») daba pie a sostener que sólo quedaba exonerado el responsable si la fabricación, importación, suministro o distribución del producto defectuoso había tenido lugar fuera del marco de una actividad empresarial o profesional y si, además, se había realizado sin una finalidad económica o lucrativa. De esta manera, y en vista de esa doble exigencia legal, un sector de la doctrina del que es buena muestra MARCO MOLINA, J.: “La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación”, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 180 a 183, entendía que, en rigor, en la hipótesis de que hubiere habido ánimo de lucro o un fin oneroso, sí habría responsabilidad pese a que la producción y distribución del producto se hubiesen desarrollado al margen de la actividad profesional o empresarial del sujeto en cuestión. Por tanto, según ha apuntado dicha autora, aun admitiéndose el carácter usualmente profesional del responsable, “en la Ley 22/1994 el propósito tuitivo de la víctima lleva a que incluso un productor no profesional pueda quedar sujeto a su especial régimen de responsabilidad objetiva” (p. 93, nota 258), a que este régimen pueda alcanzar al caso de “la actividad productiva ocasional realizada con ánimo de lucro” (p. 168, nota 506). Y en esta misma línea han sostenido MARTÍN CASALS, M./SOLÉ FELIU, J.: “Veinte problemas en la aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución” (I) y (II), en *Práctica de Derecho de Daños*, Revista de responsabilidad civil y Seguros, núm. 10, dic. 2003, p. 8, que la venta o cualquier otra forma de distribución no profesional del producto, pero onerosa, queda sometida a la responsabilidad por productos defectuosos. Pues bien, si se toma como punto de partida esa interpretación en relación con la Ley 22/1994, tesis que en absoluto era unánime, resultaría entonces que el TRLCU sí habría venido a alterar en cierta medida el estado de la cuestión, pues aun no modificando la redacción de dicha causa de exoneración (art. 140.1.c) TR), sí exige en todo caso la cualidad de empresario del proveedor (art. 7), y si bien prescinde de hacerlo expresamente respecto del fabricante y el importador (a diferencia de lo que para este último establecía el art. 4.2 LRCPD), tal exigencia puede inferirse de lo dispuesto en el art. 2 TR en conexión con el 4. Por su parte la STJCE de 10 de mayo de 2001, conocida como sentencia *Veedefald*, recaída en el asunto C-203/99 donde se pretende aplicar la exoneración de la responsabilidad prevista para un supuesto de un producto que no ha sido fabricado por el productor con fines económicos, ni en el marco de su actividad profesional. Se trata de un producto que ha sido producido en el ámbito de una prestación médica concreta financiada totalmente con fondos de titularidad pública y por la que el paciente no debe pagar contraprestación alguna. El Tribunal entendió que la elaboración o fabricación de un producto dirigido hacia la prestación médica no pagada directamente por el paciente no implica que dicho producto carezca de un valor económico y profesional por lo que le es de aplicación la legislación en materia de protección frente a productos defectuosos al permitir una mayor y mejor protección al perjudicado.

El precitado artículo séptimo del TRLCU, admite expresamente la cualidad de proveedor del producto “cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución”. El concepto va mucho más allá del de minorista.<sup>707</sup>

El régimen de responsabilidad propuesto por la Ley tiene un carácter taxativo y excepcional.<sup>708</sup> Para responsabilizar al proveedor de los daños causados por los

---

<sup>707</sup> Explica el preámbulo (parte III) del RD Leg. 1/2007 que “el concepto de proveedor es el de cualquier empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, distinguiéndose del vendedor, que, aunque no se define, por remisión a la legislación civil es quien interviene en un contrato de compraventa, en el caso de esta ley, actuando en el marco de su actividad empresarial”. La STS de 9 de diciembre de 2010 (RJ 545/2010), apunta que “la garantía que presenta la protección frente al producto defectuoso se distingue de la garantía por vicios ocultos, en que no puede recibir una definición contractual según el destino previsto en el contrato por las partes, porque la víctima puede ser un tercero.” Esta circunstancia que se pone especialmente de manifiesto en el seguro sanitario si asumimos el planteamiento que se hace en esta tesis de que el paciente es tercero en relación con el contrato que suscriben la compañía y centro hospitalario o sanitario en su beneficio. A esta distinción se refería la Memoria del Proyecto de Ley 22/1994, al decir que “el concepto de “defecto” viene centrado en la seguridad y no en la impropiedad para el uso o consumo, que es el núcleo del diferente concepto de “vicio oculto”. En cuanto a tal, el vicio oculto produce efectos en la relación contractual entre vendedor y comprador (art. 1485 del CC)”. El defecto a que hace mención la problemática del producto defectuoso no es un defecto de calidad o de vicio interno, sino un defecto de seguridad del producto. En el mismo sentido STS de 19 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1895), cuyo criterio es reproducido en multitud de sentencias, sirva como ejemplo la SAP de Barcelona de 7 junio de 2012. (AC 2013,536).

<sup>708</sup> RUIZ MUÑOZ, M.: “Responsabilidad civil del empresario/fabricante”, en Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores, coord. por BOTANA GARCÍA, McGraw-Hill, Madrid, 1999. pp. 520, 534, 536; y Derecho europeo de responsabilidad civil del fabricante, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; YZQUIERDO TOLSADA, M.: Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, Dykinson, Madrid, 2001. p. 329. En nuestro sistema el mero proveedor de un producto defectuoso no es contemplado como sujeto responsable en primer término. En aplicación de la directiva 85/374, ya en su momento la Ley 22/1994 recogió que el suministrador de un producto no puede ser considerado como responsable, al mismo nivel que un fabricante o un importador, salvo que lo sea al mismo tiempo. (SAP de Madrid de 9 febrero 2004 (JUR 2004,231035). Su responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos que distribuyese tiene un carácter excepcional y ha de limitarse a los casos legalmente previstos. Además el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha rechazado la facultad de los países de la UE de establecer en sus ordenamientos internos un régimen de responsabilidad del suministrador de productos defectuosos distinto al de la directiva 85/374. En este sentido, en respuesta a una cuestión prejudicial formulada por Auto del Juzgado de 1ª Instancia núm.5 de Oviedo de 13 de abril de 2000 (AC 2000,653), donde se aducía, entre otras cosas, que el régimen de responsabilidad del suministrador en la Ley española 22/1994 era menos beneficioso para el perjudicado que el que de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984. La Sentencia del TJCE de 25 de abril de 2002 (TJCE 2001,141) dejó bien claro que la Dir. 85/374 no era de mínimos y que, en consecuencia, los Estados miembros carecían de margen alguno de apreciación en la incorporación de la misma, a excepción de las materias concretas que en ella se especificaban y entre las que no se encontraba la responsabilidad del suministrador. En el mismo sentido en la SJCE 2002,139 (asunto C-52,00), igualmente fundada en el carácter no de mínimos de la directiva, el Tribunal de Justicia

defectos de los productos que suministre, el Texto Refundido en su artículo 138.2 exige, “que exista la imposibilidad por parte del perjudicado de identificar al productor”.<sup>709</sup>

La extensión de responsabilidad del productor al proveedor, se fundamenta y justifica por un lado en la existencia de productos cuya procedencia puede tener u origen dudoso o no ser cierta y que son suministrados a los perjudicados, y por otro lado, en la necesidad de incentivar la identificación de los fabricantes por quienes poseen la

---

condenó a la República francesa por haberse desmarcado de lo dispuesto en el art. 3.3 de aquélla en relación con la responsabilidad de dicho sujeto; en concreto, por declarar en el art. 1386-7.1º del *Code* que el vendedor o cualquier otro proveedor profesional será responsable por los defectos de seguridad del producto en las mismas condiciones que el productor. En el mismo sentido citamos la STJE de 10 enero 2006 (TJCE 2006,3, C-402/03) para declarar contraria a la directiva la responsabilidad objetiva atribuida directamente al proveedor por el art. 10 de la Ley danesa 371/1989 de Productos Defectuosos. Criterio reiterado en la Sentencia de 4 de junio de 2009 (TJCE 2009,157).

<sup>709</sup> DE ÁNGEL, R., “Actuación dañosa de los grupos”, en RJC, núm. 4, 1997, p. 1000. MÚRTULA, V.: “La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo”, Dykinson, Madrid, 2005, p. 280. La responsabilidad del proveedor en el precepto que nos ocupa entra en juego solamente cuando el fabricante del producto no puede ser identificado porque el objeto mismo no permite conocer su identidad, no cuando el perjudicado hubiere pasado por alto u olvidado cuál era el fabricante del producto defectuoso que le causó el daño. SAP de Barcelona de 29 noviembre 2004 (AC 2004,2017). No se aprecia esa imposibilidad cuando la identificación del producto deriva de la propia documentación, distintivo o marca del producto. SAP de Cádiz de 29 diciembre 2006 (JUR 2007,161328), no considera imputable responsabilidad al suministrador o proveedor al “constar en el historial médico aportado por la propia actora que las prótesis suministradas por la entidad demandada... habían sido fabricadas por Mentor, con los datos correspondientes al número de catálogo y lote de fabricación”. También citamos SAP de Valencia de 26 febrero 2007 (JUR 2007,274249): Tampoco procede la responsabilidad del proveedor por cuanto en la tubería de goma (defectuosa) para la entrada de agua al lavavajillas figuraba no sólo el nombre del fabricante, sino el logotipo que el mismo emplea como distintivo de su producto, lo que habría permitido su fácil identificación. En el mismo sentido SSAP de Orense de 29 mayo 2007 (JUR 2007,268653), Madrid de 3 julio 2007 (JUR 2007,308798), Zaragoza de 1 abril 2009 (JUR 2009,221249), Asturias de 24 abril 2009 (JUR 2009,283840) y de Barcelona de 28 julio 2008 (JUR 2008,314081) y 9 julio 2009 (JUR 2009,417878). Digna de especial mención es la SAP de Asturias de 21 marzo 2001 (AC 2001,637) en cuanto que en ella se excluye la responsabilidad del vendedor en el caso de que, pese a desconocer la víctima la identidad del productor, sí tenga conocimiento de quién suministró o facilitó a dicho vendedor el producto defectuoso. También cabe la posibilidad de que se condene al suministrador como fabricante en aquellos casos en que figure como marca de los productos la del proveedor. En tal circunstancia no cabe que luego traten de exonerarse de responsabilidad alegando su condición de mero suministrador porque la Ley en su aplicación jurisprudencial contempla el supuesto del productor aparente. SAP de Barcelona de 13 marzo 2007 (JUR 2007,244380).

facilidad probatoria (suministradores) para que gestionen adecuadamente la seguridad de los productos que vendan,<sup>710</sup> o suministren bajo otro título.

La existencia de un daño sufrido por el paciente a las resultas de un producto médico o farmacológico que le ha sido suministrado en el curso de la asistencia sanitaria contratada en la póliza, implicará responsabilidad de la compañía como proveedora del producto defectuoso, a no ser que identifique al productor, sea este:

- el propio centro hospitalario, si el medicamento o preparado se realizó allí,
- el laboratorio farmacéutico o médico productor de los medicamentos, preparados, prótesis o análogos, si no, o;
- el importador si el producto defectuoso fue fabricado fuera del territorio de la Unión.<sup>711</sup>

La identificación debe hacerse, según prescribe el artículo 138.2 del Texto Refundido en el plazo de tres meses. El proveedor responde “aunque después del plazo de tres meses el perjudicado descubra la identidad del fabricante, del importador o de un intermediario anterior, siempre que ello se produzca después de haber iniciado las acciones judiciales correspondientes en reclamación de la indemnización de los daños sufridos”.<sup>712</sup>

“Deben distinguirse las diferentes consecuencias que produce el transcurso del plazo de tres meses sin que el proveedor haya facilitado la identidad del productor al perjudicado, según que éste haya interpuesto o no la demanda de indemnización: “en tanto no la haya interpuesto, como la demora no se debe aquí a una actitud obstruccionista del suministrador, parece razonable permitir que éste pueda seguir liberándose de responsabilidad facilitando la información solicitada, aun fuera de plazo, haciéndole, en todo caso, responsable de los daños que para la víctima del

---

<sup>710</sup> SSAP de Barcelona de 20 febrero 2008 (JUR 2008,130314), Huesca de 12 mayo 2008 (JUR 2008,339408) Y Baleares de 28 de diciembre de 2006 (AC 2007,155).

<sup>711</sup> ATAZ LÓPEZ, J., “La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, en *Iniuria*, núm.5, 1995. p. 74. SSAP de Barcelona de 6 de mayo de 2008 (JUR 2008,267415) y Cantabria de 25 abril 2005 (JUR 2005,129161).

<sup>712</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento”, en *Estudios sobre Consumo*, núm.34, 1995., p. 127.

producto defectuoso haya supuesto el retraso. Ahora bien, una vez interpuesta la demanda contra el suministrador, tras habérsele requerido para que proporcionara la información a que la ley se refiere y haber éste dejado transcurrir el plazo de tres meses sin facilitarla, el efecto del plazo consistirá en que dicha demanda no podrá ser enervada por una tardía colaboración”.<sup>713</sup>

En el Derecho italiano se precisa que dicho plazo comienza desde el requerimiento escrito del perjudicado al proveedor (art. 116 Codice del Consumo de 2005), el art 138.2 del TR español no especifica (como tampoco lo hacía el derogado art. 4.3 LRCPD) el momento inicial del cómputo de esos tres meses, si bien la mayor parte de nuestra doctrina ha entendido que deben contarse a partir del requerimiento del dañado solicitando al proveedor información sobre el fabricante, el importador o su propio suministrador, desde la recepción por el proveedor de dicha solicitud de información;<sup>714</sup> precisión ésta que también se apunta en el artículo 1386-7 del CC

---

<sup>713</sup> ATAZ, J., “La legitimación...”, en *Iniuria*, núm. 5, 1995, p. 75. En el Derecho italiano se precisa que dicho plazo comienza desde el requerimiento escrito del perjudicado al proveedor (art. 116 Codice del Consumo de 2005), el art 138.2 del TR español no especifica (como tampoco lo hacía el derogado art. 4.3 LRCPD) el momento inicial del cómputo de esos tres meses, si bien la mayor parte de nuestra doctrina ha entendido que deben contarse a partir del requerimiento del dañado solicitando al proveedor información sobre el fabricante, el importador o su propio suministrador, desde la recepción por el proveedor de dicha solicitud de información; precisión ésta que también se apunta en el artículo 1386-7 del CC francés, al disponer que los tres meses se cuentan desde la fecha en que la demanda de la víctima sea notificada al suministrador.

<sup>714</sup> SSAP de Madrid de 31 de marzo de 2009 (JUR 2009,247315), 3 de julio de 2007 (JUR 2007,308798), de Barcelona de 13 de marzo de 2007 (JUR 2007,244380) y 29 noviembre 2004 (AC 2004,2017). El plazo de tres meses “comenzará a correr desde que medie la reclamación del perjudicado” solicitando al proveedor la identidad del productor. Es necesario que “habiendo requerido el perjudicado al suministrador para que le facilite la identificación del fabricante, aquél no lo haga dentro de los tres meses siguientes a dicho requerimiento”, por lo que al ser preciso “un previo requerimiento al efecto, no cabe concluir que no ha sido posible la identificación del productor cuando no se ha pedido frente a quien puede y tiene que darla con total conocimiento, el suministrador”. Resulta especialmente ilustrativa sobre ese particular la SAP de Asturias de 21 marzo 2001 (AC 2001,637), porque en ella se precisa, además, que en dicho requerimiento o reclamación basta que el perjudicado “exprese el producto de que se trate”, sin que “el inicio del término [de los tres meses] puede dilatarse hasta que exista una prueba plena y terminante sobre el objeto defectuoso, lo que normalmente sólo se producirá en el curso del proceso”, por lo que en el caso de autos “no puede servir de excusa para la tardanza del suministrador el que no conociera la concreta referencia del gato hasta el momento en que se practicó la prueba pericial, pues disponía con anterioridad de datos, facilitados por el propio perjudicado, más que suficientes como para identificarlo, como lo eran el que se trataba del mismo gato que se incorporaba como accesorio a un determinado vehículo, que ella misma distribuía en España”.



francés, al disponer que los tres meses se cuentan desde la fecha en que la demanda de la víctima sea notificada al suministrador.

Por su parte el artículo 146 del TRCU,<sup>715</sup> determina la responsabilidad del proveedor cuando el suministro se hace con su conocimiento del carácter defectuoso del producto “el proveedor del producto defectuoso responderá, como si fuera el productor, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto. En este caso, el proveedor podrá ejercitar la acción de repetición contra el productor.”

Aunque el artículo resulta en principio redundante,<sup>716</sup> toda vez que el efecto pretendido por la norma ya se encuentra contemplado en otras normas generales del ordenamiento español,<sup>717</sup> la normativa específica de responsabilidad por productos ofrece como ventaja la ampliación del plazo para el ejercicio de la acción en aquellos casos en los que el perjudicado no hubiera contratado directamente con el responsable; plazo que ya no sería el de un año del art. 1968 CC, sino el de tres años (que hoy establece el art. 143.1 TRLCU, como igualmente hacía el art. 12 LRCPD).<sup>718</sup>

---

<sup>715</sup> El Texto Refundido de 2007 introdujo un cambio terminológico en relación con los sujetos implicados en el régimen de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos. El término “suministrador” que utilizaba la Ley 22/1994, fue desplazado por el de “proveedor”.

<sup>716</sup> Además de redundante, ha de ponerse igualmente en evidencia la dudosa justificación del derecho de repetición que se sigue reconociendo al proveedor que suministró el producto a sabiendas de su carácter defectuoso. Al respecto, existe numerosísima doctrina que discrepa del planteamiento legal sobre la base de que quien ha actuado con culpa y, con mayor motivo, con dolo, debe indemnizar con carácter prioritario sobre quien, aun siendo designado en la Ley como sujeto primario responsable, no se le puede imputar culpablemente el daño. En contra YZQUIERDO, M., *Sistema...*, 2001, pg. 335; ATAZ, J., “La legitimación...”, en *Iniuria*, núm. 5, 1995, pgs. 76-77; RUIZ MUÑOZ, M., “Responsabilidad...”, en *Curso...*, 1999, pg. 521.

<sup>717</sup> MARCO, J., *La responsabilidad civil del fabricante...*, 2007, pp. 189 y 191. La conducta de dicho sujeto le haría responsable ya conforme al artículo 1106 CC, incluso con un «*plus*» de responsabilidad respecto a la que es meramente negligente (*ex* artículo 1107.2 CC). en esta materia de daños causados por productos defectuosos las reglas generales de la responsabilidad civil (tanto contractual como extracontractual) quedan expresamente a salvo por virtud de lo dispuesto en el art. 128.2 del TR.

<sup>718</sup> CILLERO DE CABO, P.: “La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos, Civitas, Madrid, 2000.”, pp. 242 y 243.

Es el demandante quien debe probar que el proveedor suministró el producto a sabiendas de la existencia del defecto.<sup>719</sup>

En este punto, necesariamente tenemos que referirnos a la determinación del grado de diligencia exigible al suministrador profesional, en quien puede apreciarse no ya la intencionalidad de que trata el artículo 146 del TRLCU, sino falta de diligencia no excusable por culpa “in vigilando”, por cuanto la Compañía ha de suministrar medios sanitarios seguros y eficaces y ello supone como hemos desgranado a lo largo de todo el trabajo unos niveles determinados de control implícitos en la idea de seguridad. Control que es extensible a los productos, medicamentos e instrumental con el que se dispensa la referida asistencia. Así la utilización de material en mal estado o de medicamentos defectuosos, supone una responsabilidad no sólo por producto defectuoso sino por prestación sanitaria inadecuada y lesiva,<sup>720</sup> ello sin perjuicio de la responsabilidad predicable al amparo del artículo 138 TRLCU,<sup>721</sup> determinante en un

---

<sup>719</sup> JIMÉNEZ LIÉBANA, D., Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p.8. SAP de Cantabria de 20 junio 2005 (JUR 2005,176100). STS de 5 de mayo de 1988 (RJ 1988,4016). El tratamiento que da nuestra jurisprudencia a los supuestos de daños causados a las resultas de las deficientes condiciones del material clínico sanitario utilizado en la asistencia sanitaria, se refiere a casos en los que los daños causados sean consecuencia de defectos de fabricación del material clínico utilizado detectables.

<sup>720</sup> STS de 17 de abril de 1998 (RJ 1998,2056). La cuestión relativa a la responsabilidad del prestador de un servicio sanitario cuando utiliza un producto defectuoso causante del daño ha sido suscitada en el supuesto resuelto por la STS de 24 de septiembre de 1999 (RJ 1999,7272). En esta ocasión se ventilaba la responsabilidad del titular de un centro sanitario codemandada con un fabricante de productos farmacéuticos por una usuaria que tras serle implantado un DIU defectuoso, se había quedado embarazada. La Sentencia dictamina, que sin perjuicio de la aplicación de la responsabilidad objetiva prevista en el entonces vigente artículo 28 de la LCU [vigente art. 148.II TRLGDCU] para la prestación de servicios sanitarios, cabe apreciar también responsabilidad subjetiva ex arts. 1902 ó 1101 del CC, por cuanto el el prestador de los servicios sanitarios había actuado negligentemente al no verificar previamente el buen funcionamiento y la eficacia del dispositivo que se disponía a colocar. La responsabilidad solidaria establecida en el art. 132 del TRLCU para aquellos supuestos en los que, en la producción del daño, hayan concurrido varios sujetos, se deriva que el titular del servicio sanitario en el que se haya realizado la intervención en la que se haya causado un daño a un usuario del mismo como consecuencia de la utilización de un producto defectuoso, responde frente a éste, sin perjuicio de repetir lo pagado frente al fabricante, al importador (o, en su caso -en el del art. 146 del TRLCU-, al proveedor) del producto defectuoso.

<sup>721</sup> BUSTO LAGO, J.M. “La responsabilidad civil por defectuosa prestación de asistencia al parto”. <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/9093/1/CC119-art7.pdf> pp. 122 y 123.

momento dado de la existencia de una pluralidad de posibles responsables en el iter lógico antecedente del daño.<sup>722</sup>

No obstante lo expuesto, concurren como obligados solidarios frente al damnificado, productores y proveedores.<sup>723</sup>

El artículo 132 del TRLCU dispone que “las personas responsables del mismo daño por aplicación de este libro lo serán solidariamente ante los perjudicados. El que hubiera respondido ante el perjudicado tendrá derecho a repetir frente a los otros responsables, según su participación en la causación del daño”.

La inclusión de este artículo dentro de las disposiciones comunes a la responsabilidad por productos y por otros bienes y servicios, implica que la norma no se circunscribe al

---

<sup>722</sup> Sirva de ejemplo la STS de 25 de noviembre de 2008 (JUR 2009,47700). Plantea el supuesto del fallecimiento de un paciente a las resultas de un choque anafiláctico producido por la ingesta de un medicamento, suministrador en un centro hospitalario de la compañía. Como hechos probados relevantes a evaluar la responsabilidad del fabricante del producto farmacéutico, consta que en la ficha técnica del medicamento se prevé como posible reacción adversa una reacción anafiláctica, con lo que se cumple la obligación impuesta en la Ley 29/2006, de 26 de Julio de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (Ley del Medicamento). La ficha incluía el deber de información a los pacientes sobre el particular. En el análisis del caso de plantea una doble consideración. Una parte de la necesidad de corroborar que el suministrador a verificado las medidas de control y medidas de seguridad exigibles en su desempeño profesional, descargándose esa responsabilidad, no absolutamente objetiva, “en el suministrador, cuando el daño se origine pese al correcto uso del servicio y cuando se hayan desatendido las medidas de seguridad y las de controles técnicos que garanticen las condiciones con que, en ese orden preventivo, deban llegar al consumidor”. La segunda consideración, pasa por determinar si el daño es imputable a la existencia de un defecto en el producto en el sentido de que este no ofrezca “las garantías de seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación” entendiéndose en todo caso como defectuoso “si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie”. Por todo ello, la Ley no protege a quien utiliza cualquier clase de producto, sino exclusivamente al perjudicado por el uso de un producto defectuoso por no ofrecer las garantías de seguridad que cabría legítimamente esperar, sobre la base de que el defecto no se presume, sino que debe acreditarse su existencia por el perjudicado, ya se trate de un defecto de fabricación, un defecto de diseño o un defecto de información.

<sup>723</sup> CILLERO, P., La responsabilidad..., 2000, pp. 237-238. “Si bien aquí la responsabilidad del proveedor es subsidiaria o de segundo grado” (SAP de Barcelona de 9 de julio de 2009 (JUR 2009,417878).

régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos, sino que también afecta a la responsabilidad por daños causados por otros bienes y servicios.<sup>724</sup>

El régimen de responsabilidad solidaria que postula la Ley en este ámbito es de solidaridad impropia, al que ya nos hemos referido en el capítulo anterior en sus epígrafes 2.4 y 2.5 a los que nos remitimos.

El último inciso del art. 138.2 del TRLCU, obliga al proveedor a identificar al importador del producto aunque esté identificado el fabricante, de manera que, si el proveedor no identifica al importador, deberá responder frente al perjudicado, pero lo hará solidariamente con el fabricante responsable. Además puede responder solidariamente con otros sujetos no mencionados en el art. 138 TRLCU, pero que lleguen a ser condenados a indemnizar los daños causados por un producto defectuoso al amparo de otras normas de nuestro ordenamiento.<sup>725</sup>

El artículo 132 del TRLCU incorpora un punto segundo en el que se reconoce a aquel de los responsables solidarios que hubiere respondido por entero ante el perjudicado un derecho de repetición contra los demás responsables, conforme a su respectivo grado de participación en la causación del daño.<sup>726</sup>

La determinación de ese “grado de participación”, plantea algunas dificultades prácticas en su aplicación a las relaciones internas de la solidaridad en sede de responsabilidad civil extracontractual, como consecuencia de los problemas de prueba de las respectivas contribuciones causales de los corresponsables solidarios al daño

---

<sup>724</sup> CAVANILLAS MÚGICA, S.: “El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, en Aranzadi Civil, núm.1, 2008., p.45.

<sup>725</sup> CILLERO, P., La responsabilidad..., 2000, p. 178. Así por ejemplo, si el daño fue debido a una negligente concepción del producto (defecto de diseño), el perjudicado podría demandar al proyectista al amparo del art. 1902 CC y al proveedor, que, de no haber identificado al fabricante, respondería solidariamente con el proyectista (tratándose así de un supuesto de solidaridad impropia).

<sup>726</sup> En el ordenamiento español tal derecho de repetición ya vendría dado, sin necesidad de que el Texto Refundido de 2007 lo proclamara, por las reglas generales del Código Civil que rigen la dinámica de la solidaridad pasiva en orden a las relaciones internas entre los codeudores solidarios (art. 1145 CC y concordantes).

efectivamente producido, a efectos de determinar la parte de indemnización de la que cada uno de ellos debe hacerse cargo.<sup>727</sup>

Ciertamente, en la hipótesis de concurrencia del defecto de un producto (o de otro bien o un servicio) y de la intervención de un tercero, el citado artículo 133.2 dispone que “el sujeto responsable que hubiera satisfecho la indemnización podrá reclamar al tercero la parte que corresponda a su intervención en la producción del daño”.

Dicha acción de repetición tiene un plazo de prescripción, en el campo específico de la responsabilidad por productos defectuosos de un año a contar desde el día del pago de la indemnización (art 143.1 TRLCU).<sup>728</sup>

En otro orden de cosas, y entrando en el terreno de la relación de causalidad, la prueba juega un papel relevante en la determinación del iter causal, dilucidando si el daño deriva o no del carácter defectuoso del producto o de una acción u omisión previa, coetánea o posterior a su utilización.<sup>729</sup>

---

<sup>727</sup> Artículo 143.1 TRLDCU. GÓMEZ LIGÜERRE, C., “Sobre la posibilidad de un segundo pleito entre condenados solidarios para determinar la distribución de las cuotas de responsabilidad”, en *InDret*, 4/2007, pp. 1-14. El autor considera adecuado el plazo de ese año, frente a los detractores que consideran que es un plazo corto y que favorece la indefensión, sobre la base de que “en las relaciones entre profesionales cobra mayor relevancia la seguridad jurídica frente a la conservación de los derechos subjetivos, no debe resultar chocante la exigencia de un mayor grado de diligencia al profesional en el ejercicio de sus derechos”.

<sup>728</sup> RUIZ MUÑOZ, M., “Responsabilidad...”, en *Curso...*, 1999, pp. 530 y 531. El autor considera adecuado el plazo de ese año, frente a los detractores que consideran que es un plazo corto y que favorece la indefensión, sobre la base de que “en las relaciones entre profesionales cobra mayor relevancia la seguridad jurídica frente a la conservación de los derechos subjetivos, no debe resultar chocante la exigencia de un mayor grado de diligencia al profesional en el ejercicio de sus derechos”. La interrupción de la prescripción de dicha acción se rige por las reglas establecidas en el art. 1973 CC (ex artículo 143.2 TR). Y por tanto, dicho plazo anual de prescripción se podrá interrumpir por ejercicio de la acción ante los tribunales, por reclamación extrajudicial o por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por parte del deudor.

<sup>729</sup> La STS de 4 diciembre de 2007 (RJ 2008\251), al tratar un caso de responsabilidad de una aseguradora de asistencia médica por contagio de hepatitis C a paciente asegurado, tras una transfusión analiza como causa del contagio una variedad de factores no necesariamente relacionados con la existencia de sangre contaminada. Así se evalúa la posibilidad de contagio por los siguientes factores: “STS de 15 de noviembre de 2004, (RJ 2004, 7233) , la secuencia temporal de dos meses entre la entrega del producto envasado y los síntomas de hepatitis vírica; STS de 10 de junio de 2004, (RJ 2004, 3605) , el juicio razonado sobre la prueba formulado por la Audiencia Provincial; STS de 18 de marzo de 2004, ( RJ 2004, 1823) , la aparición de la enfermedad en un período subsiguiente a la transfusión; STS

## ***5.- La Compañía de seguros como usuaria de productos defectuosos.***

El supuesto que describe el enunciado, es el relativo a aquellas situaciones en las que se produce un daño al paciente a las resultas del mal funcionamiento o funcionamiento inadecuado de productos sanitarios, instrumental, elementos técnicos, o mecánicos dedicados a la asistencia, utilizados por la Compañía para el tratamiento o diagnóstico de los asegurados, en definitiva elementos que suponen implementación o dotación del servicio pero en ningún caso provisión o suministro alguno al paciente.

Resulta tremendamente esclarecedora, al respecto la STJE de 21 de diciembre de 2011, C-495/10.<sup>730</sup> Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la responsabilidad de un prestador de servicios por daños causados por el uso de un equipo defectuoso no se encuentra cubierta por la directiva 85/374/CEE, pues el prestador de servicios no

---

de 11 de abril de 2002 (RJ 2002, 3382), la aparición de la enfermedad en un período subsiguiente a la transfusión; STS 18 de febrero de 1997, (RJ 1997, 1240) , al igual que en el caso enjuiciado, la existencia de informes médicos que hacen expresa referencia al carácter postransfusional de la hepatitis C, junto a la compatibilidad de la aparición de los síntomas con un período de incubación de tres a doce semanas desde el contagio. Ello determina que el centro médico deba responder del contagio en virtud de una transfusión verificada por sus servicios, de los que cabe esperar razonablemente por el usuario medio que reúnan las condiciones de calidad necesarias para no constituir causa de infecciones susceptibles de ser evitadas mediante los adecuados controles, en este caso, no sólo las pruebas practicadas, sino también los interrogatorios y análisis posteriores omitidos, a los que se refiere la sentencia recurrida, respecto de los cuales resulta indiferente, en virtud del criterio objetivo en que se funda este tipo de responsabilidad, que correspondiera o no su práctica al centro médico.”

<sup>730</sup> Centre hospitalier universitaire de Besançon contra Thomas Dutrueux y Caisse primaire d'assurance maladie du Jura. La precitada sentencia relata el caso de una intervención quirúrgica realizada en un centro hospitalario francés, durante la cual un paciente sufrió quemaduras causadas por un colchón térmico defectuoso. El hospital fue condenado a pagar una indemnización al paciente y a la aseguradora. El hospital interpuso recurso contra esta condena ante el Conseil d'État alegando que el tribunal se había apoyado en un principio recogido por la jurisprudencia francesa que según el hospital sería contrario a la Directiva 85/374/CEE que regula la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. El Conseil d'État decidió plantear unas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para aclarar si, cuando un prestador de servicios causa daños al destinatario de los mismos debido a un defecto en los equipos utilizados, la responsabilidad del proveedor se encuentra incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 85/374/CEE o no, o lo que es lo mismo, si la responsabilidad deriva de su carácter de suministrador del producto defectuoso o de un concepto diverso.

puede ser considerado ni como productor, ni importador, ni suministrador del producto defectuoso,<sup>731</sup> sino que es usuario.

Continúa el Tribunal que la Directiva permite a los Estados miembros establecer un régimen nacional de responsabilidad de los establecimientos públicos sanitarios que utilizan aparatos o productos defectuosos en el marco de una prestación de servicios y que causan de daños al beneficiario de la prestación, sin perjuicio de la posibilidad que estos establecimientos tienen de actuar judicialmente para exigir la garantía del productor en virtud de la Directiva.

Esa regulación nacional existe en los países de nuestro entorno, así en Francia, la responsabilidad de los establecimientos públicos sanitarios frente a sus pacientes está regida, en particular, por un principio jurisprudencial de responsabilidad objetiva establecido por el Consejo de Estado de ese país en una resolución de 9 de julio de 2003, según la cual un establecimiento hospitalario debe reparar, aún cuando no exista culpa por su parte, el daño sufrido por un paciente como consecuencia del fallo de un aparato o un producto utilizado en el marco de la asistencia sanitaria prestada. La responsabilidad de los establecimientos públicos sanitarios frente a sus pacientes está sometida a un régimen particular de responsabilidad extracontractual basado en las relaciones específicas que se establecen entre el servicio hospitalario público y las personas que éste asume a su cargo. Dicho régimen se encuentra regido tanto por disposiciones legislativas como por principios establecidos por la jurisprudencia del orden de lo Contencioso-Administrativo.

En nuestro ordenamiento ese régimen de responsabilidad objetivo viene dado por el artículo 148 TRLCU, que hace responsable al prestador de servicios, en particular, el

---

<sup>731</sup> La sentencia concluye que “la Directiva sólo se refiere a la responsabilidad del “productor” o, en su caso, del “suministrador” de un producto defectuoso y aunque no define el concepto de “suministrador”, se considera que este término hace referencia al intermediario que interviene en la cadena de comercialización o de distribución de ese producto”. El paciente no venía a comprar el colchón sino que fue ingresado en el hospital. Así pues, la seguridad del colchón defectuoso debe ser considerada en relación con la propia asistencia sanitaria. Por lo tanto, el Tribunal concluye que no cabe considerar al hospital distribuidor del colchón defectuoso de modo que éste no puede equipararse a un “suministrador” en el sentido de la Directiva, que no pretende regular exhaustivamente el ámbito de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, sino una armonización de regulaciones nacionales, con el fin de garantizar una protección eficaz de los consumidores.

sanitario, de los daños que se produzcan a los pacientes derivados de aparatos o productos defectuosos en el marco de una asistencia sanitaria segura y eficaz. No hay responsabilidad de la Compañía por producto defectuoso, por cuanto, en este caso, ésta o el centro hospitalario no pueden ser considerado como productor, con el alcance que determina el artículo 7 del TRLCU o el artículo 3 de la Directiva 85/374/CEE, ni ser calificado como suministrador de dicho producto. La coexistencia, junto al régimen de responsabilidad del productor establecido por la directiva 85/374, de un régimen nacional que prevé la responsabilidad objetiva del prestador de servicios que, en el marco de una prestación de atención médica hospitalaria, haya causado un daño al beneficiario de esta prestación como consecuencia del uso de un producto defectuoso, no afecta negativamente ni a la efectividad de dicho régimen de responsabilidad del productor ni a los objetivos perseguidos por el legislador de la Unión a través de este régimen.<sup>732</sup>

No obstante lo expuesto, debe mantenerse la posibilidad de exigir la responsabilidad del productor cuando se cumplen los requisitos a los que la Directiva 85/374 supedita la existencia de tal responsabilidad.<sup>733</sup>

## **6.- La responsabilidad derivada de riesgos de desarrollo.**

Son riesgos de desarrollo aquellos que se consideran imprevisibles o inevitables de acuerdo con el estado de conocimientos de la ciencia, en nuestro caso médica, en el momento de su producción.<sup>734</sup> Nos estamos refiriendo a aquellos supuestos en los que un determinado producto o preparado farmacológico, o un proceso de tratamiento de

---

<sup>732</sup> STJE de 10 de mayo de 2001 (TJCE 2001, 133), Veedfald, C-203/99, Rec. p. I-3569, apartado 27.

<sup>733</sup> Siendo una garantía más de cierre del sistema el vínculo de solidaridad impropia que afecta a todos los responsables del daño con independencia de su grado de participación, lo que sólo afecta a su derecho de repetición frente a los demás.

<sup>734</sup> El artículo 3, Abs 6 S.1 del Reglamento alemán de aplicación de la Ley Federal de Inmisiones (Verordnung zur Durchführung des Bundes- Immissionsschutzgesetzes), señala que el estado de la técnica es el estado del desarrollo de los más avanzados procedimientos, instalaciones o formas de producción, que permite demostrar la aptitud práctica de una medida para alcanzar con seguridad aquella concreta finalidad prevista por el legislador, ya sea limitar emisiones, prevenir un riesgo, evitar un peligro, o apreciar la existencia de un defecto, únicamente en la medida en que el método haya sido efectivamente objeto de una prueba satisfactoria en la práctica, entrará a formar parte del estado de la técnica.



productos humanos o derivados, que hoy, de conformidad con el estado de conocimiento y avance de la ciencia es seguro, en el futuro, a las resultas del avance tecnológico y científico, puede resultar no serlo, y en su consecuencia que se demuestre que el daño enjuiciado deriva precisamente de esos productos o procesos que resultaron ser no seguros o lesivos.

La incertidumbre científica es un escenario muy común, la situación es dinámica y el grado de incertidumbre científica cambia gradualmente con el tiempo. Mientras tanto, juzgar lo que se considera un nivel tolerable de riesgo para la sociedad es una materia de responsabilidad política.<sup>735</sup>

Ya hemos defendido en epígrafes anteriores que la responsabilidad derivada de productos defectuosos es una responsabilidad objetiva de carácter no absoluto. Así el TRLGDCU en su artículo 140, ordinal quinto, declara que el fabricante o importador, presunto responsable del daño causado por producto defectuoso podrá verse eximido de responsabilidad cuando “el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación del producto no permitía apreciar la existencia del defecto.”

El propio artículo en su párrafo tercero señala que esta causa no podrá ser invocada en el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano.

La salvedad recogida en la Ley es consecuencia de la Directiva 85/374/CEE, que si bien permite a los Estados miembros acoger la causa de exoneración por riesgos de desarrollo en su artículo 7.e),<sup>736</sup> faculta a los Estados, en su artículo 15.1.b), a no incluir en su Derecho propio, de forma total o parcial, la referida cláusula de exoneración de responsabilidad, para aquellos ámbitos que consideren oportuno. De hecho, en el momento de transposición de la Directiva a los diferentes países de la Unión Europea,

---

<sup>735</sup> TORRALBA MENDIOLA “La responsabilidad del fabricante. Aplicación de la Ley extranjera y normativa comunitaria.” Marcial Pons. 1997., p. 45.

<sup>736</sup> Contempla con carácter general como causa de exclusión de la responsabilidad del fabricante o productor la prueba por parte de éste de que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos no permitía descubrir la existencia del defecto.

no todos adoptan, en el mismo sentido, el criterio de inimputabilidad descrito. El posicionamiento es diverso, así, países como Luxemburgo, Finlandia y Noruega, han eliminado la posibilidad de librarse de responsabilidad alegando la existencia de riesgos de desarrollo en sus productos. Por su parte, además de España, países como Alemania, Bélgica y Dinamarca han introducido criterios de responsabilidad reforzada frente a esta clase de riesgos en relación con productos farmacéuticos y alimenticios. En cambio, en sentido opuesto, Italia, Grecia, Irlanda, Portugal, Países Bajos y Reino Unido, han incluido de manera general, la posibilidad de exonerarse de responsabilidad aduciendo la presencia de riesgos de desarrollo sin excepción.<sup>737</sup>

Hay quien apunta que la justificación de la salvedad viene sustentada en la teoría de que el riesgo del progreso no debe ser soportado por la víctima. Al crear el productor confianza en su producto, y hallándose en una posición que le permite repartir los costes de los daños, resulta adecuada la posibilidad de que éste contrate un seguro que contemple estas eventualidades y cuya prima se incorpore al precio del producto. Con dicho esquema se produciría la socialización de la responsabilidad a través de los mecanismos del mercado al trasladarse el riesgo de la empresa al consumidor.<sup>738</sup>

---

<sup>737</sup> DE LA VEGA GARCÍA "Responsabilidad civil del producto defectuoso. Un estudio de la ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil.". Madrid. Civitas, 1998, p. 99. El Code Civil francés, en su artículo 1386-11 se señala que: "El productor es responsable de pleno derecho a menos que pruebe: 4º Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos, en el momento de la puesta en circulación del producto, no le permiten descubrir la existencia del defecto. En el artículo 1386-12 se establece una excepción: "El productor no puede invocar la causa de exoneración prevista en el número cuarto del artículo 1386-11 cuando el daño ha sido causado por un elemento del cuerpo humano o por los productos derivados de este." "El productor no puede invocar las causas de exoneración previstas en los números cuarto y quinto del artículo 1386-11 si, en presencia de un defecto que se revela en un periodo de 10 años después de la puesta en circulación del producto, él no ha adoptado las disposiciones pertinentes para prevenir las consecuencias dañosas." En Inglaterra, la sección 4.1 e) de la Consumer Protection Act, señala expresamente que es un medio de defensa para el productor la prueba de que "el estado del conocimiento científico y técnico en el momento relevante no permitía esperar que un fabricante de productos del mismo tipo de producto que el producto causante del daño descubriera el defecto si éste hubiera existido en sus productos cuando éstos estaban bajo su control." La Product Liability Act (Act Nº 85-1994) dispone en su artículo cuarto que el productor no será responsable si prueba "que el estado de los conocimientos científicos o técnicos en el momento que el productor lanzó el producto, no le permitían conocer la existencia del defecto en el producto."

<sup>738</sup> TORRALBA MENDIOLA "La responsabilidad del fabricante. Aplicación de la Ley extranjera y normativa comunitaria." Marcial Pons. 1997., p. 42.

La singularidad de nuestro esquema de responsabilidad radica, en que el este planteamiento sólo es de aplicación a la asistencia sanitaria privada y no a la pública. Los servicios sanitarios públicos se encuentran sometidos fundamentalmente al sistema de responsabilidad contemplado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (concretamente en sus artículos 139 y siguientes). Partiendo de que el principio de responsabilidad de las Administraciones Públicas constituye uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, hasta el punto de que nuestra normativa posibilita al perjudicado a recibir una indemnización aunque el daño haya sido consecuencia del funcionamiento normal del servicio público, lo cierto es que las novedades legislativas han venido a introducir paliativos tan señalados como el de la reforma del artículo 141.1 de la LRJAP operada por Ley 4/1999, de 13 de enero, en virtud del cual, se exonera a la Administración Pública, sin excepción alguna, de los daños que se deriven de los riesgos de desarrollo, dejando sólo abierta la puerta a la reclamación de posibles “prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.<sup>739</sup> Queda así la Administración fuera del ámbito en el que se le puede exigir responsabilidad civil, caracterizada por la vigencia del principio de reparación integral de los daños, para situarse dentro del elenco de la discrecionalidad que supone la previsión contenida en el último inciso, in fine, del artículo 141.1 de la LRJAP.

En comparación, cuando hablamos de actos médicos similares llevados a cabo en el terreno de la medicina privada, el titular o facultativo del centro sanitario privado comprendido en el cuadro médico de la compañía, no podrá alegar los riesgos de desarrollo, quedando el supuesto bajo el dictado del artículo 148 del TRLDCU.

A pesar de que tanto el TRLGDCU como la LRJAP establecen regímenes de responsabilidad objetiva, dichas leyes difieren notablemente del tratamiento

---

<sup>739</sup> “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.”

dispensado a los riesgos de desarrollo lo que resulta sobre todo llamativo en el caso de la exoneración sin matices de la LRJAP, pues la Administración sanitaria desempeña un papel esencial en la regulación de las actividades de la industria del medicamento, así como en la investigación básica y aplicada.<sup>740</sup>

Es muy criticable la dualidad de criterio y de régimen jurídico que el artículo 141.1 de la LRJAP ha venido a establecer, por cuanto entiendo que no puede existir justificación jurídica posible ante tal desigualdad de régimen jurídico entre sujetos sometidos al Derecho público y sujetos sometidos al Derecho privado, infracción del principio de igualdad que tiene su reflejo inmediato en los diversos efectos indeseables que en la realidad práctica tienen lugar adía de hoy o que pueden llegar a producirse en un futuro, con la consiguiente repercusión desfavorable sobre el interés público.

Es evidente que en la mente del legislador a la hora de llevar a cabo la reforma de la LRJAP por la Ley 4/1999 estuvieron presentes de forma significativa, los muchos casos en los que las Administraciones sanitarias venían siendo condenadas por las transfusiones sanguíneas que inoculaban al paciente el virus del SIDA o de la hepatitis C en épocas en las que tales virus no eran conocidos por la ciencia; téngase en cuenta que de acuerdo con la Ley de Medicamento tanto los hemoderivados como la propia sangre humana que se administra en las transfusiones sanguíneas deben considerarse como productos farmacéuticos.<sup>741</sup> Pero no es menos cierto que la situación a la que

---

<sup>740</sup> PARRA LUCÁN, M. A: “La protección del consumidor... ob cit, pp. 136 y ss.

<sup>741</sup> JORDANO FRAGA, J.: “La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas”, Revista de Administración Pública, nº 149, mayo-agosto 1999, pp. 321 a 336. El origen inmediato de la reforma del artículo 141.1 de la LRJAP se centra en el deseo del legislador español por terminar con las condenas judiciales, procedentes de los distintos órdenes jurisdiccionales, impuestas a las Administraciones sanitarias en los supuestos de inoculación de los virus VIH y VHC, como consecuencia de transfusiones sanguíneas llevadas a cabo en los hospitales del sistema público de salud, lo que, como veremos, no implica por otra parte que este objetivo haya tenido su efecto inmediato. HERNÁNDEZ CORCHETE, J.A.: “Artículo 141. Indemnización”, La reforma del procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero. PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.), Dykinson, Madrid, 1999, p. 362; o PELAYO PARDOS, S.: “SIDA, hepatitis y artículo 37 de la Ley 4/1999 de modificación de la Ley 30/1992. La teoría de los riesgos de desarrollo”, La Ley, 1999-2, D-68, pp. 1710 y 1711. Para alcanzar el referido objetivo, y alejándose con ello del ámbito estricto del régimen de la responsabilidad, la versión ofrecida por la Ley 4/1999 del artículo 141.1 de la LRJAP previene en su parte final el establecimiento por leyes especiales de prestaciones asistenciales o económicas a las que se

nos aboca la situación de doble regulación aporta gran inseguridad al sistema, en supuestos de trasplantes o colaboraciones entre distintos centros hospitalarios a la hora de la elaboración o producción de un producto sanitario o farmacéutico donde existe la posibilidad de que los mismos se lleven a cabo entre instituciones sanitarias cuyas fuentes de ingreso o mantenimiento tengan diferente naturaleza pública o privada, lo que a la hora de imputar o sancionar la responsabilidad por riesgos de desarrollo nos llevaría obligatoriamente a tener en cuenta la doble tipicidad normativa y, por consiguiente, a colocarnos ante el difícil problema de tener que dilucidar en qué régimen sanitario se produjo el daño. Más conflictivo si cabe se vuelve el escenario ejemplificativo si nos atenemos a la posibilidad de que los trasplantes o las distintas colaboraciones en su caso puedan tener lugar entre centros sanitarios de distintos Estados comunitarios, donde junto al hecho de que la cobertura pueda ser de distinta naturaleza habría que añadir el elemento dispositivo de cómo se realizó la transposición de la Directiva 85/374/CEE en cuanto a la regulación de los riesgos de desarrollo. Así, además de que pueda darse el caso de trasplantes o colaboraciones entre hospitales públicos y privados, éstos pueden encontrarse dentro del territorio de Estados que contemplen o no la exoneración por riesgos de desarrollo y su excepción o no en el caso de los medicamentos, lo que complicaría la exigencia de la responsabilidad en tales situaciones.<sup>742</sup>

---

puedan acoger o “beneficiarse” los afectados por los daños imputables a los riesgos de desarrollo. En tal sentido, por lo que hace referencia a los infectados por el virus del SIDA o de la hepatitis C a través de contagio transfusional, en cuanto a las prestaciones a las que alude el precepto debemos tener presente el Real Decreto-Ley 9/1993, de 28 de mayo, por el que se reconocen ayudas públicas para los infectados por el VIH como consecuencia de transfusiones realizadas en el sistema sanitario público, o la Ley 14/2002, de 5 de junio, por la que se establecen ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado el VHC como consecuencia de haber recibido tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el ámbito también del sistema sanitario público. El autor llega a afirmar que no se tardaría en interponer un recurso de inconstitucionalidad sobre el nuevo artículo 141.

<sup>742</sup> INGLÉS BUCETA, J.L.: “Riesgos del desarrollo y accesibilidad: la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1997, con un apóstrofe sobre el nuevo artículo 141.1 de la LRJAP-PAC”, *Derecho de los Negocios*, octubre 1999, pp. 15 a 28

Nuestro Tribunal Supremo, tras la entrada en vigor de la Ley 4/1999 se ha decantado, no sin vacilaciones iniciales,<sup>743</sup> por exonerar a la Administración sanitaria cuando el contagio se produce en un centro sanitario público,<sup>744</sup> mientras que si el mismo tiene lugar en un centro hospitalario privado se exige la indemnización correspondiente con sustento en el artículo 148 TRLGDCU.

---

<sup>743</sup> Como ejemplo de las vacilaciones iniciales a las que nos referimos podemos citar, respecto a la Sala 1ª del Tribunal Supremo, las sentencias de 5 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7853) de 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8005) o, más recientemente, la de 17 de octubre de 2001 (RJ 2001, 8741); En todas estas decisiones judiciales el Tribunal Supremo se decantó por considerar la responsabilidad civil de los centros sanitarios en los que se llevó a término el correspondiente contagio vía transfusión, bien se tratara por contagio de VIH o VHC, obligando a todos ellos al pago de la indemnización respectiva.

<sup>744</sup> SSTs de 20 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 8038), 19 de junio de 2001, (RJ 2001, 10059), cuyo argumentos giran en torno a la fuerza mayor. Ante un contagio de VHC por una transfusión, en un hospital del INSALUD, el Tribunal consideró que el daño no era antijurídico, ya que no se podía prever ni evitar el contagio. Asimismo STS de 3 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9349) estima el recurso del demandado, casando la sentencia recurrida y estimando la demanda, al señalar expresamente que “la circunstancia de que en la época en que se hizo la transfusión fuera desconocida completamente por la ciencia médica la mera existencia de aquel virus, el hecho de que fuera inoculado al paciente por una transfusión de sangre hace que la lesión que indudablemente se le produjo deba calificarse de suceso ajeno a la posibilidad de evitarlo y por lo tanto justificativo de fuerza mayor.”

## **CONCLUSIONES**

### **-I-**

El mandato conferido por nuestra Constitución a los poderes públicos para la organización de la salud supone, en reconocimiento del derecho a la libertad de empresa, que estos puedan concertar con entidades privadas, la prestación de servicios médicos y quirúrgicos, siempre que la actividad desplegada por la compañía sea asegurativa y se preste con medios privados.

### **-II-**

Si bien el artículo 105 LCS determina que el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos, la LOSSP matizó el precepto, al prohibir a las entidades de seguro privadas la prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora (art. 4.2).

El problema radica en dilucidar, qué ha de entenderse por “asumir directamente la prestación” y en esa labor, el artículo 148 TRLCU se muestra esencial, manteniendo la dirección de la LOSSP. El artículo no habla de que las entidades sanitarias asuman contractualmente el acto médico como hecho propio. No hay normativa que permita abonar esa teoría, porque la actividad médica es distinta de la actividad asegurativa y se rige por criterios propios y diversos.

La responsabilidad civil de que habla el artículo 148 TRLCU, es una responsabilidad contractual y objetiva que se circunscribe a la prestación que asume la compañía frente al asegurado: la organización, control y provisión del servicio sanitario en las condiciones contratadas en la póliza. En definitiva la actividad asegurativa que es el hecho propio de las entidades de seguro.

### **-III-**

Dentro del precepto, son encuadrables los supuestos de responsabilidad por daños que deriven del mal funcionamiento o funcionamiento inadecuado de productos sanitarios, instrumental, elementos técnicos, o mecánicos dedicados a la asistencia,

utilizados por la compañía para el tratamiento o diagnóstico de los asegurados. Al ser elementos que suponen implementación o dotación del servicio, quedan comprendidas en la responsabilidad contractual predicable del artículo 148 TRLCU y por tanto dentro de la actividad de organización y provisión de asistencia sanitaria al asegurado. La compañía ha de suministrar medios sanitarios seguros y eficaces.

Deben distinguirse dos planos con claridad: la provisión *general* del servicio sanitario y, por otro lado, el daño médico que puede derivarse de la actuación propia del facultativo. Una cosa es que el asegurado reciba o no la atención médica y otra diferente la calidad de la atención efectivamente recibida derivada de la actuación *concreta* del médico. El ámbito de aplicación del art. 148 TRLCU se centra en el primero de los planos enunciados y supone una responsabilidad por hecho propio de la compañía aseguradora.

#### -IV-

Respecto del segundo, cabe plantear la posible responsabilidad de la compañía ex art. 1903.4 CC. El fundamento de la responsabilidad del empresario está en el deber de diligencia en relación con la propia actividad y en la culpa *in vigilando* o *in eligendo* respecto de los profesionales insertos en sus cuadros médicos, pero no en la actividad productora del daño cuando es consecuencia de supuestos como el error de diagnóstico o mala praxis médica. Estas acciones u omisiones nada tienen que ver con la actividad de organización, control y provisión de la propia compañía.

El acto médico en sentido estricto queda fuera del contrato que suscribe la entidad y el asegurado y el daño por él ocasionado, no puede ser resarcido por la compañía con base en el artículo 148 TRLCU.

#### -V-

El acto médico es la actividad profesional del facultativo con el paciente, que comprende su evaluación diagnóstica, pronóstico, prescripción y la ejecución de las medidas terapéuticas o quirúrgicas que su salud requiera. Es una actividad que



desarrolla el médico con libertad, e independencia de la compañía aunque forme parte de su esquema organizativo, sujetándose exclusivamente a la *lex artis* médica.

La responsabilidad del sanitario es subjetiva y se presenta como un hecho ajeno a la compañía. Buena prueba de ello es la posición mayoritaria de la jurisprudencia, que asume que el mecanismo de imputación de responsabilidad civil por daño médico a la compañía es el que se deduce del artículo 1903.4 CC.

#### -VI-

Tanto la responsabilidad contractual por hecho propio al amparo del artículo 148 TRLCU, como la extracontractual por hecho ajeno ex 1903.4 CC, necesitan contextualizar la labor del médico en la órbita de la póliza, lo que se consigue mediante la acreditación de una relación de dependencia entre el sanitario y la entidad. Aspecto que puede plantear problemas prácticos dados los diversos tipos de vinculación contractual posibles entre el facultativo y la compañía.

Y ello porque es la relación de dependencia entre el facultativo o centro sanitario y la entidad, la que posibilita la imputación causal del resultado lesivo a ésta, con la diferencia de que en el artículo 148 TRLCU se responde por hecho propio y en el artículo 1903.4 CC, por hecho ajeno.

Con todo, la dependencia es apreciada de forma generalizada por nuestra jurisprudencia desde un punto de vista funcional, con independencia del *nomen iuris* de la vinculación que exista entre ambos (laboral o civil), y viene determinada por la inclusión del profesional dentro del esquema organizativo y de provisión de la compañía (los cuadros médicos).

#### -VII-

Para resolver los problemas que plantea la responsabilidad por daño médico se propone un planteamiento alternativo que puede plantear ventajas de orden procesal y sustantivo en su aplicación práctica. El esquema de provisión y financiación del seguro sanitario se puede explicar a través de la coligación contractual. Así, entendemos que existen dos contratos conexos: la póliza y el contrato que suscribe la

compañía con los profesionales o centros que integran sus cuadros médicos. Las complejas relaciones que se generan se pueden explicar a través de la figura del contrato en beneficio de tercero, en virtud del cual la compañía (estipulante) contrata con el médico o centro (promitente), que este dispense asistencia sanitaria al asegurado (beneficiario). Este contrato no se agota en la estipulación a favor de tercero por cuanto también determina el régimen de remuneración del facultativo y las condiciones de prestación del servicio.

#### **-VIII-**

El beneficiario, es titular del derecho subjetivo a recibir asistencia sanitaria de los profesionales y centros incluidos en los cuadros médicos de la compañía, y correlativamente, a exigir las consecuencias del incumplimiento: resarcimiento por daño médico. Su acción es contractual, lo cual presenta beneficios, de entrada, en el terreno del plazo de prescripción.

#### **-IX-**

En el esquema de responsabilidad civil propuesto, compañía y médico responden dentro de un marco contractual, cada uno por hecho propio. La primera, a las resultas de su actividad asegurativa y el segundo a las resultas del acto médico. La relación jurídica que vincula al paciente con la compañía y la que le vincula con el facultativo tienen un fundamento distinto, aunque ambas sean contractuales. Así, si la responsabilidad es del facultativo no cabe deducir acción contractual contra la compañía porque sólo se es responsable contractual por hecho propio y el acto médico no lo es. Lo mismo cabe predicar de la responsabilidad del facultativo, que se ceñirá exclusivamente al acto médico.

#### **-X-**

La solución propuesta plantea una alternativa al asegurado que ha sufrido un daño a las resultas de la acción u omisión negligente de un médico de la compañía, y que hasta ahora se reconducía ex art. 1902 CC. Ahora, podrá demandar contractualmente

al facultativo con base en el contrato en beneficio de tercero que han suscrito compañía y médico en su favor.

**-XI-**

Que las relaciones sean contractuales dentro de un marco de coligación facilita asimismo la acumulación de las acciones, siempre que los demandados concurren en el daño, es decir, se dé el supuesto de hecho del art. 148 TRLCU y además daño por mala praxis del médico. La compañía responde de su actividad asegurativa, y el facultativo del acto médico. La acumulación de acciones habrá de referirse necesariamente a supuestos en que participan compañía y facultativo en el daño.

**-XII-**

Reconocemos la necesidad de preservar el derecho subjetivo del consumidor a una asistencia sanitaria segura y eficaz, por la indudable repercusión que esta actividad tiene en bienes y derechos fundamentales de la persona, pero ello no ha de suponer licencia para relativizar o desvirtuar conceptos, sistemas e instituciones jurídicas. De ser así, la aplicación del derecho pasaría a ser algo relativo, en el que el fin justifica los medios, con la consiguiente inseguridad jurídica.

**-XIII-**

La solidaridad impropia es fijada en sentencia (*ex post facto*), y es una responsabilidad *in integrum*, que exige para su aplicación, no sólo la concurrencia de una pluralidad de agentes en el daño, sino además, que no sea factible la determinación individual y personal de las respectivas responsabilidades. Si es posible determinar la proporción o el grado de participación de los intervinientes en el daño, no cabe hablar de solidaridad impropia. Si la compañía responde por su actividad asegurativa, y los hechos probados determinan que la responsabilidad es por acto médico, no puede haber una sentencia condenatoria de la compañía con base en el art. 148 TRLCU y alegar la solidaridad impropia justificándose que se garantiza a la compañía la restitución íntegra del importe pagado al paciente repitiendo contra los codeudores.

En el esquema jurídico contractual de responsabilidad civil, en el marco de los seguros de asistencia sanitaria, cada interviniente responde de su actividad en el hecho prestacional y en la medida que esa actuación repercute en el daño como causa adicional del mismo.

#### -XIV-

Es cierto que no podemos resolver a día de la fecha la unificación de los plazos prescriptivos habida cuenta de los plazos contenidos en los artículos 1964 CC y 23 LCS, pero la propuesta de reforma contenida en la Ley *Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, publicado en el BOCG de 6 de marzo de 2015 en su Disposición Final primera la rúbrica de “Modificación del Código Civil en materia de prescripción”, que modifica el plazo establecido en el párrafo segundo del artículo 1964 CC, acortando el plazo allí reflejado de 15 a 5 años, lo que implicaría alcanzar esa unificación propuesta.<sup>745</sup>

Además, en los procesos judiciales por daño médico, concurre el seguro de responsabilidad civil profesional del sanitario. Aunque el fundamento de su responsabilidad es autónomo y está al margen del esquema de coligación, el actor se beneficia del cuadro de responsabilidad propuesto por cuanto al ser la responsabilidad del facultativo contractual, le es extensible el plazo de prescripción de la acción entablada contra el profesional.

#### -XV-

La responsabilidad de la compañía por acto médico queda fuera del marco propuesto y por tanto del esquema de responsabilidad civil contractual que representa el seguro de asistencia sanitaria. Si el actor pretende exigir responsabilidad civil a la compañía por

---

<sup>745</sup> El 4 de septiembre de 2015 el Pleno del Senado ha rechazado los cinco vetos planteados a la norma y sólo han incluido una de las 260 enmiendas presentadas por los grupos al texto inicialmente aprobado por el Congreso. Tras este trámite, el texto volverá al Congreso, que ya lo había aprobado en junio pasado, para su aprobación definitiva.

acto médico, que es hecho ajeno a la compañía, deberá, alternativamente recurrir al artículo 1903.4 CC.

Por lo tanto, nuestra propuesta ofrece una vía alternativa que es la posibilidad del paciente de ejercitar una acción de responsabilidad contractual contra facultativo con sustento en el artículo 1257.2 CC y subsidiariamente, extracontractual contra la compañía ex 1903.4 CC, que podrá repetir contra el facultativo (solidaridad impropia)

La prueba del contrato en beneficio de tercero excluye la necesidad de probar relación de dependencia, lo que supone una ventaja adicional.

#### **-XVI-**

Para ejemplificar la solución que plantea el marco de responsabilidad propuesto, retomamos el ejemplo con el que abríamos la introducción de este trabajo, que podría plantear cuestiones tales como el error o indebido retraso del diagnóstico, la falta de diligencia del profesional al no agotar los medios clínicos a su alcance para establecer con ellos un diagnóstico, o la suficiencia o insuficiencia de estos medios, aspectos que guardan relación con la responsabilidad de la compañía, del facultativo del cuadro médico de la compañía y de la compañía del seguro de responsabilidad civil profesional del mismo.

La solución que propone este trabajo supone que el actor:

#### **A**

Tiene acción contractual contra la compañía con base en el artículo 148 TRLCU y su legitimación activa deriva de la suscripción de la póliza, contrato que le vincula a compañía.

La pretensión es indemnizatoria por el daño causado al asegurado a las resultas de la actividad organizativa, de control y provisión del servicio.

Que la acción prospere dependerá de la prueba del incumplimiento de la compañía. Los datos suministrados apuntan al error de diagnóstico como única causa del daño, lo

que determinará que se dicte sentencia absolutoria al constituir el acto médico, hecho ajeno a la compañía y no hay responsabilidad de la compañía porque es puro acto médico.

Para que se condenara a la compañía, el actor habría de acreditar, por ejemplo que no se contaba con medios adecuados para el diagnóstico, o que no estaban en buen estado. Por tanto, la compañía respondería ex 148 TRLCU, solo si se acreditara la falta o insuficiencia de medios. No cabe en esta solución, pretender la condena de la compañía por negligencia médica. Esa pretensión precisaría para su articulación de la acción que recoge el art. 1903.4 CC, en este caso, la compañía respondería por el hecho ajeno, con base en la negligencia del facultativo.

El actor también dispone de acción extracontractual contra el médico con base al artículo 1902 CC, si decide actuar al margen del contrato de seguro sanitario.

## **B**

Alternativamente, ofrecemos otra opción. El asegurado tiene acción contractual contra el facultativo con base en el artículo 1257.2 CC.

El fundamento de la legitimación activa del actor frente al facultativo viene determinado por el esquema de conexidad que brinda el contrato en beneficio de tercero y en su consecuencia por la adhesión del asegurado al esquema de provisión de la compañía a través de la póliza, cuya suscripción supone la aceptación del beneficio que han pactado compañía y facultativo en su favor.

La acción se circunscribe al acto médico y por tanto en este caso al error de diagnóstico.

## **C**

Tiene acción directa contra la compañía que asegura la responsabilidad civil profesional del facultativo. (Art. 76 LCS). Aunque el ejercicio de esta acción no viene explicado por el régimen de coligación contractual propuesto, se beneficia del mismo

al serle de aplicación el plazo prescriptivo de la acción de responsabilidad contractual contra el médico.

#### **D**

Todas las acciones descritas son ejercitables de forma cumulativa en el mismo proceso: la contractual y subsidiariamente la extracontractual siempre que se trate de daño médico. Aunque todas ellas son acciones autónomas y tienen un fundamento distinto. En la medida en que confluyen en el daño, se reconoce a sus agentes un vínculo de responsabilidad solidaria frente al asegurado que se determinará en sentencia, con sustento en la co-participación en el daño.

#### **E**

En la responsabilidad contractual del médico a las resultas del art. 1257.2 CC, el actor ha de probar la existencia de la relación jurídica y el incumplimiento de la obligación, no siendo precisa acreditar la relación de dependencia. Adicionalmente, si se dan los presupuestos, cabe acudir al art. 148 TRLCU pero no –insistimos- para resarcimiento de daño por negligencia médica, sino por el eventual fallo en la organización o provisión del servicio sanitario que pueda haberse producido y que no necesariamente tiene lugar en caso de actuación negligente del facultativo

#### **F**

El cuadro de responsabilidad expuesto presenta una vía alternativa al actor que pasaría por exigir responsabilidad contractual contra el facultativo con base en el artículo 1257.2 CC, y subsidiariamente responsabilidad extracontractual a la compañía por hecho ajeno, con base en el artículo 1903.4 CC.

#### **-G-**

La acción que recoge el artículo 1903.4 CC exige de entablarse, la prueba por el actor de la relación de dependencia entre facultativo y compañía. Con independencia de las variables que pueda ofrecer el caso, a saber:

a.- Que el centro hospitalario sea propiedad de la compañía, que contrata a su personal con contrato laboral.

b.- Que el centro hospitalario sea ajeno a la compañía y haya concertado convenio con ella para la inclusión de sus facultativos y servicio en el cuadro médico de la compañía.

c.- Que el facultativo haya concertado directamente contrato de arrendamiento de servicios con la compañía o centro comprometiéndose a atender a los asegurados.

La dependencia, al derivar de la inclusión del centro y facultativos en los cuadros médicos de las compañías, es decir su inclusión frente al beneficiario, en el esquema organizativo y de provisión del servicio de la compañía, con independencia del *nomen iuris* de la vinculación existente entre ellos, se daría en cualquiera de los casos descritos.

La prueba del contrato en beneficio de tercero releva al actor de la necesidad de probar la dependencia y, por tanto, constituye otra ventaja del esquema contractual propuesto.



## **BIBLIOGRAFÍA**

- ACEBES CORNEJO, R. "Los contratos vinculados en la Ley de Crédito al Consumo", Act. civ., número 3, 2005.
- ALBADALEJO, M: "Curso de Derecho civil español", volúmenes II y III, 11ª edición, Ed. Edisofer. Madrid, 2010.
- ADAME MARTÍNEZ, M.A.: "Asunción de la deuda en Derecho Español". Editorial Comares. Granada. 1996.
- ALBEROLA, C., AUSEJO, M., DELGADO, O, FERRARI, J.M., HERREROS DE TEJADA, A., MARFAGÓN, N.: "Manual de Procedimientos del Servicio de Farmacia. Hospital "12 de Octubre". Madrid, 1992.
- ALFARO AGUILA-REAL, J. "Observaciones críticas al Proyecto de la Ley de Crédito al Consumo, RDBB, núm 56, oct-dic, 1994.
- ALONSO DE SOTO en AA.VV "Enciclopedia Jurídica Básica" Dir. MONTOYA, A., Vol. IV, Madrid Civitas, 1.994,
- ALONSO PÉREZ, Mª T. "Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos." J.M.Bosch Editor. Barcelona. 1997.
- ALONSO PÉREZ Mª T. y ALMAGRO MARTÍN, C. "El arrendamiento de servicios" en Dir. YZQUIERDO TOLSADA, M. Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IV, Contratos de Prestación de servicios y realización de obras (I) Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona. 2014.
- ALTERINI, A.A.: "Contratos civiles, mercantiles y de consumo". Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1998.
- ALVAREZ MARTÍNEZ, G.I."Los grupos de contratos en el crédito al consumo". La Coruña 2008.
- ALVAREZ OLALLA, P. "Acción de repetición de aseguradora sanitaria contra los facultativos de su cuadro médico, por el importe íntegro de la indemnización satisfecha a la víctima, por mala praxis médica. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2015 (RJ 2015, 836)". En Thomson Reuters. Aranzadi Insigns.
- ÁNGEL, R., "Actuación dañosa de los grupos", en RJC, núm. 4, 1997.
- ARANA COURREJOLLES, C. "La Interpretación del Acto Jurídico", Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1992.

ASCARELLI, T. "Ilnegozioindiretto", en Studio in tema di contratti. Giuffré. Milán 1952, Association of British Insurers. "Are you buying private medical insurance?" London, Association of British Insurers; 2003.

ASÚA GONZÁLEZ, C, "Responsabilidad civil médica", Tratado de Responsabilidad Civil, Ed.Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

ATAZ LÓPEZ: "Las obligaciones solidarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (aspectos sustantivos)", en Las obligaciones solidarias (Jornadas de Derecho Civil en Murcia), Valencia 2002.

ATAZ LÓPEZ, J., "La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en Iniuria, núm.5, 1995.

ATAZ LOPEZ, J.: "La llamada solidaridad propia en la jurisprudencia del TS" Cáceres 2006.

ATAZ LÓPEZ, J: "La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", INIURIA (Revista de responsabilidad civil y seguro), 1995, nº 5.

ATAZ LÓPEZ, J: "Tutela judicial efectiva y efectos de la solidaridad", en Derecho Privado y Constitución, nº 20, 2001.

AUBERT, J.L.: "Validité de la stipulation pour autrui dont le bénéficiaire souscrit á certaines obligations". D. 1989.

BACACHE-GIBEILI, M."Larelativité des conventions et les groupes de contrats",thèse, Paris, LGDJ, 1996.

BADOSA COLL: "La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil" Bolonia 1987,

BAILLO Y MORALES-ARCE, Y. "La acción directa en el seguro obligatorio", Ed. Real Colegio de España Bolonia, 2000.

BALLESTEROS, Sistema de derecho civil, Madrid, vol. II, BAUMET, G: "Responsabilite contractuelle du fait d'artrui" Niza 1977,

BARAHONA ARCAS, MD, "La adaptación del seguro al progreso. La asistencia: ¿Seguro?". Conferencia pronunciada en Madrid el 5 de mayo de 1987. Biblioteca SEAIDA.

BARBANCHO TOVILLAS, F.J.: "La reclamación judicial de la deuda solidaria", Barcelona 1997.

BARBERO, D: "Sistema istituzionale del Diritto privato italiano", t. I, 3ª ed., Utet, Torino, 1962.

BARCELÓ DOMENECH, J. "Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes", Madrid, 1995,

BARROS BOURIE, E. "Tratado de Responsabilidad Extracontractual", Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2007.

BECQUE E. "De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. Contribution à l'étude du droit comparé des obligations." Rev trim dr civ 1914

BELADIEZ ROJO, M. "Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios Públicos", Tecnos, Madrid, 1997.

BELLO JANEIRO, D. (Coord.) "Cuestiones actuales de Responsabilidad civil". Ed Reus. Madrid. 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento", en Estudios sobre Consumo, núm.34, 1995

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coordinador): "Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias" Aranzadi. Thomson Reuters, Cizur Menor. Navarra. 2009.

BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R.: "Comentarios a la LCU", Madrid 1992.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. "La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios". Estudios jurídicos sobre protección de consumidores. Tecnos. 1.987.

BERTINATO, L, BUSSE, R., Cross- Border Healthcare in Europe. Copenhagen, WHO Observatory of Health Systems and Policies, 2005.

BESLEY, T, HALL, J., PRESTON I. "The demand for private health insurance: do waiting lists matter?" Journal of Public Economics. 1999.

British Medical Association. Medical information and insurance: joint guidelines from the British Medical Association and the Association of British Insurers. 2002.

BIANCA, M: "Diritto civile". Tomo III, Il contratto. Seconda edizione, Giuffrè, Milano, 2000.

BLANCO GÓMEZ, J.J.. “La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática del derecho sustantivo español”. Dykinson. 1999

BLANCO GÓMEZ, J.J., “La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso”. Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro. Marzo 2004.

BLASCO GASCÓ, F.: “Cuestiones propias de una relación solidaria impropia”. Documento digital en SERJUTeca: (<http://www.serjuteca.es/publicaciones.php>).

BONET RAMON F. “Los contratos a favor de tercero” A.A.M.N. 1961.

BOQUERA OLIVER, V. “Nota al artículo 76 de la nueva Ley del Contrato de Seguro” En Revista de Derecho privado, 1982.

BOURGES, “La interpretación de la Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por productos defectuosos según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, Gaceta Jurídica de la UE, nº 222, 2002.

BROSETA PONT, M. “Manual de Derecho Mercantil”, Edit. Tecnos. Madrid 1994

BUFFELAN-LANORE, Y. : “Droit civil. Deuxième année.”, 5ª ed. París-Milán-Barcelone, 1995.

BUSTO LAGO, J.M. “La responsabilidad civil por defectuosa prestación de asistencia al parto”. <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/9093/1/CC119-art7.pdf>

BUSTO LAGO, J.M., “Incumplimiento de la prestación de servicios a través de un contrato de préstamo al consumo. Algunas precisiones a propósito del caso Opening English School”. Actualidad jurídica Aranzadi Nº 564, febrero de 2003.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. “Las cargas del acreedor en el Derecho civil y mercantil.”Madrid 1988.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. “La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica” ADC, 2003,

CADARSO PALAU, J.: “En torno a la condena in solidum de los responsables ex art. 1591 del Código Civil”, en Estudios en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, IV, Madrid 1996.

CAFFARENA LAPORTA, J.: “La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen”, en Las obligaciones solidarias, Valencia 2002.

CALAIS-AULOY, "Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel (CJCE, 25 avril 2002)", Le Dalloz, n° 31/7084, 2002

CALZADA CONDE, M.A. "El seguro voluntario de responsabilidad civil". Madrid. 1983.

CALZADA CONDE, M.A.: "El seguro de responsabilidad civil" Thomson Aranzadi. 2005.

CAPOTOSTI, R.: "L'assistenza turistica: nuovo ramo di assicurazione?", Assicurazioni II, Torino, 1981.

CARRASCO PERERA, A.: "Comentarios al Código Civil y compilaciones forales" Dirigido por D. Manuel Albadalejo, t XV vol 1 Madrid 1989.

CARRERAS DEL RINCÓN, J.: "La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal", Barcelona 1990.

CARRO DEL CASTILLO, J.A. "La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil en la Ley de Contrato de Seguro." Dir. por VERDERA Y TUELLS, t I, Madrid, 1982.

CASADO CERVIÑO, A. "El crédito al consumo y la protección de los consumidores". Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 1983.

CASTÁN TOBEÑAS, J: "Derecho español civil y foral." Tomos II y III, Novena edición. Ed. Reus, Madrid. 2015.

CAVANILLAS MÚGICA, S.: "El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias", en AC, núm. 1. 2008.

CILLERO DE CABO, P.: "La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos, Civitas, Madrid, 2000

CODERCH, S. y RAMOS GONZÁLEZ, S.: "Defectos de producto" en Tratado de responsabilidad civil del fabricante. P. Salvador Coderch y F. Gómez Pomar (Editores), Civitas, Thomson Reuters, 2008.

COBO PLANA, J.: "Responsabilidad y solidaridad. Litisconsorcio necesario. Llamada en garantía", en Garantías y responsabilidades en la Ley de Ordenación de la Edificación, Madrid 2000.

COLIN, A. y CAPITANT, H: "Curso elemental de Derecho civil francés" t II, "De las obligaciones" por Juillot DE LA MORANDIÈRE. Librairie Dalloz, Paris. 1959

COLOMBO, A., "Operazioni economiche e collegamenti negoziali.", Cedam, Padova 1999

CONESA, C. "El contrato a favor de tercero". Editorial Comares. 1999., COZIAN: "L' action directe",

COURTIEU G. "Assurance vie. Réalisation du contrat" en Jur. Cl. Resp. civ. Ass. t. IV fasc. 515-2. París 1995. "A propos de l'assurance conexe á un pret: stipulation pour autrui ou cession de créance?", Resp civ ass. 1998, chr 28

CAVANILLAS MUGICA, S: "La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia", Pamplona 1987

CAVANILLAS MUGICA, S. – TAPIA FERNÁNDEZ, I.: "La concurrencia de la responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal". Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1992.

CAVANILLAS MÚGICA, S.: "El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias", en Aranzadi Civil, núm.1, 2008

COLOMBO, F., TAPAY, N. "Private health insurance in OECD countries: the benefits and costs for individuals and health systems". Paris, Organization for Economic Co-operation and Development; 2004.

COSTA, J., GARCÍA, J. "Demand for private health insurance: how important is the quality gap?" HealthEconomy 2006.

DE ANGEL YAGÜEZ, R., "La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos". Estudios sobre derecho de consumo, Bilbao 1.994.

DE ANGULO RODRIGUEZ, L. y CAMACHO DE LOS RIOS, J. Ed. Atelier, Barcelona 2.002.

DE COSSIO: "Instituciones de Derecho civil" t I, Madrid, 1988.

DE LA PUENTE Y VALLE, M: "Estudios sobre el contrato privado", tomo II, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983.

DE LA OLIVA SANTOS. "Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil". Thomson. Civitas. Madrid 2005.

DE LA OLIVA SANTOS, "Sobre la cosa juzgada". Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 1991.

DE LA VEGA GARCÍA “Responsabilidad civil del producto defectuoso. Un estudio de la ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil.”. Madrid. Civitas, 1998

DE LORENZO MIGUEL F. y TOBÍAS JOSÉ W, “Complejo de negocios unidos por un nexo (el ligamen negocial), La Ley 1996-D, núm. 1387.

DE LORENZO, R: “La teoría del daño desproporcionado” en Redacción médica. Núm 443. Año II. 2006

DELGADO ECHEVARRIA, J.: “ Elementos de Derecho Civil II” Barcelona 1985.

DELGADO ECHEVARRIA, J. y PARRA LUCAN M.A. “Tratado de la nulidad de los contratos”. Zaragoza. 2003.

DI NANNI, C. *Colegamento negoziale e funzione complessa*, en Rivista di Diritto Commerciale. En: Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni. Parte prima. Casa editrice Dottor Francesco Villardi. Milano. 1977. Anno LXXV.

DI SABATO, F. “Unità e pluralità di negozi (Contributto alla dottrina del collegamento negoziale)”, Revista de derecho civil. 1959.

DÍAZ REGAÑÓN GARCÍA-ALCALA, C., “Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria.” Barcelona. Enero 2003.  
[http://www.indret.com/pdf/180\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/180_es.pdf)

DIAZ REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C., “Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario”E. Comares. Granada. 2006.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., Sistema de Derecho Civil, vol. I y II, Tecnos. Madrid, 2012.

DÍEZ- PICAZO, L., “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial” II y V. Navarra, 2011.

DIEZ-PICAZO, L, “La eficacia e ineficacia del negocio jurídico” Anuario de Derecho Civil», XIV, 1961.

DIEZ PICAZO, L.: “Derecho de daños”. Civitas. Madrid. 1999.

DIEZ PICAZO, L. “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”. Anuario de Derecho Civil 2001.

DÍEZ-PICAZO, L., “Una nueva doctrina general del contrato?” Anuario de Derecho Civil 1993.

DOMINGUEZ LUELMO, A. "Derecho sanitario y responsabilidad médica". Lex Nova. 2007.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup> A.: "La responsabilidad solidaria en el ámbito civil: perspectiva jurisprudencial", Aranzadi civil, 1994-II.

EMERSON, C, FRAYNE, C., GOODMAN, A. "Should private medical insurance be subsidised? Health Care UK 2001.

ESCUIN IBAÑEZ, I. "Las adquisiciones financiadas en el crédito al consumo". Comares. Granada 2002.

ESPAGNON, M: "La regle du non-cumul des responsabilites delictuelle et contractuelle en droit civil francais", Universidad de París 1980.

ESPIN CANOVAS, D. "Manual de Derecho civil español" Vol III, 6<sup>a</sup> ed. Madrid. 1986.

ESSER J. y SCHMIDT, E. "Schuldrecht", t 1, vol 2, 7<sup>a</sup> ed. Heilderberg. 1993.

ESTRUCH ESTRUCH: "Las responsabilidades en la construcción. Regímenes jurídicos y jurisprudencia", Madrid 2003.

EWALD, F. "Genetics, insurance and risk". In: MC GLEENAN, T, WIESING, U., EWALD, F., eds. Genetics and insurance. Oxford, BIOS Scientific Publishers; 1999.

FENET, P.A. : "Pothier analysé dans ses rapports avec le Code Civil et mis et ordre sous chacun des articles de ce code, ou les législations ancienne et nouvelle comparées." Alex Gobelet Libreirie. Paris. 1826.

FERNÁNDEZ DOMINGO, J. Artículo "Cláusulas limitativas y seguro". Revista de la Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, en AAVV: "Cuestiones Actuales del Derecho de Seguros", nº 31, 3º trimestre 2009.

FERNÁNDEZ HIERRO JM "Sistema de responsabilidad médica" 5<sup>a</sup> ed. Comares Granada 2007.

FERRANDO, G. *Il contratti collegati*, en Nuova Giurisprudenza civile commentata. Parte Seconda. Rivista bimestrale delle nuove leggi civili comentate a cura di Guido Alpa e Paolo Zatti. Anno II. Cedam. Padova. 1986.

FERRARA, F. "Responsabilità contrattuale per fatto altrui Scritti giuridici" II Milán 1954.

FERRI G.B. "Parte del negozio giuridico" Enc. Dir., t XXXI, Milano. 1981. FERRI "L'assicurazione per conto nella teoría dei contratti" en Scritti giuridici in onore della Cedam nel Cinquantenario della sua fondazione" vol I, Padova 1953



FIKENTSCHER, W. "Schuldrecht". 6ª ed. Walter de Gruyter. Berlin-New York 1976.

FLOUR J. y AUBERT, J.: "Les obligations. L'acte juridique." Paris. 1996.

FRANCHESQUETTI, P: "Il contratto". Edizione giuridiche Simona, Napoli, 2006.

FRUSTAGLI, S. A.: "Acerca de la conexidad contractual y sus proyecciones en los sistemas modernos de distribución comercial", en la comunicación presentada al Seminario sobre Los Negocios Jurídicos Conexos, Rosario 1996.

GABET SABATIER, C. "El rol de la conexidad en la evolución del derecho de las obligaciones", Revista trimestral de Derecho Civil, 1980.

GALÁN CORTÉS, J.C. e HINOJAL FONSECA, R., "Valoración jurídica de los protocolos médicos", Revista General de Derecho, Año LII, núms. 622-623, julio-agosto de 1996.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. "Responsabilidad civil de los padres y tutores por daños causados por menores y personas incapacitadas" en Cuestiones actuales de responsabilidad civil" BELLO JANEIRO, D. (Coord). Reus, Madrid., 2009.

GARCÍA AMIGO, M. "Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual" 1965.

GARCIA AMIGO, M. "Lecciones de Derecho civil" t II. Madrid. 1995.

GARCIA CARNICA, M, "Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica" Thompson Reuters, 2010.

GARCÍA CORTÉS, J.A., "Las obligaciones cambiarias y la protección al consumidor", en AAVV. Contratación y Consumo, ORDUÑA MORENO, F. J. (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.M. "El contrato de factoring". Tecnos, Madrid 1990.

GARCÍA DE ENTERRIA, E: Curso de derecho Administrativo. Vol II, Civitas. Madrid. 2003

GARCÍA LUENGO, B. "Consideraciones sobre el seguro por cuenta ajena" RDM 1983

GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L. "El contrato de descuento bancario". Centro de documentación Bancaria y Bursátil. Madrid 1990.

GARCÍA VALDECASAS, G. "La esencia del mandato" en Revista de Derecho Privado, 1944.

GARCÍA VALDECASAS, G., en "El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho Español", 1962.

GARRIGUES DIAZ CAÑABATE, J. "El contrato de seguro terrestre". 2ª Ed. Madrid. 1983.

GASPERONI, N. "Apposizione di oneri a beneficio nel contratto a favore di terzo" En studio in onere di Giuseppe Valeri. Milano 1955

GAZZONI, F. *Manuale di diritto privato*, VII edizione aggiornata, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998.

GAZQUEZ SERRANO, L. "las nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil del empresario." Colección Derecho de Daños. Director: Domingo Bello Janeiro. Ed. Reus. Madrid. 2012.

GERNHUBER, J. "Das Schuldverhältnis Begründung und Änderung. Pflichten und Strukturen". Drittwirkungen, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1989.

GHESTIN, J, BILLIAU, M. y JAMIN, Ch: "La stipulation pour autrui", en Les effets du contrat á l'égard des tier. (Comparaisons franco belges), dir. por M.FONTAINE y J. GHESTIN. Librairie generale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1992.

GHESTIN, J.: "Traité de Droit Civil, Les effets du contrat", 2e éd., coll. Traités, 1994.

GHESTIN J. y GOUBEAUX G., Traité de droit civil, 4édition, Librairie generale de Droit et de Jurisprudence, 1994.

GONZALEZ-BUENO LILLO, G. "Hacia nuevas formas de vender seguridad a través de las prestaciones de asistencia." Revista española de seguros número 39. Julio-Septiembre 1984.

GÓMEZ CALLE, E.: "Tratado de Responsabilidad civil" Tomo I. Thomson. Aranzadi. 2008.

GÓMEZ LIGÜERRE, C.: "Sobre la posibilidad de un segundo pleito entre condenados solidarios para determinar la distribución de las cuotas de responsabilidad", en InDret, 4/2007.

GOMEZ POMAR, F.: "Ámbito de protección de la responsabilidad de producto". En Tratado de responsabilidad civil del fabricante. Thomson. Civitas. 2008

GONZÁLEZ GARCÍA, J: "Notas para un concepto de carga". RGLJ, 1986.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. en "Comentario al artículo 1257 CC", en Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, dir. ALBADALEJO M., Y DIAZ ALABART, S., t. XVII, vol. 1 A, Edersa, Madrid, 1993.

GONZÁLEZ VAQUÉ, L.: "La eventual modificación de la Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por productos defectuosos: la aportación de la jurisprudencia del

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al debate comunitario", Estudios sobre Consumo, n° 64, 2003.

GONZÁLEZ VAQUÉ, L.: "La Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por productos defectuosos en la jurisprudencia del TJCE de los riesgos del desarrollo a la franquicia de 500 euros", Unión Europea Aranzadi, n° 1, 2003

GOTTWALD, P. "Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch" t II, 3ª ed. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München. 1994.

GOUTAL J.L, "Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat", Préface de Henri Batiffol, IGdJ, Paris, 1981

GREEN, M y MORÉTEAU, O.: "Restating Tort Law: The American and European Styles". [http://www.academia.edu/3457044/Restating\\_Tort\\_Law\\_The\\_American\\_and\\_European\\_Styles](http://www.academia.edu/3457044/Restating_Tort_Law_The_American_and_European_Styles) .

GRITAMA GONZÁLEZ, M. "Configuración jurídica de los servicios médicos" en Estudios de Derecho público y Privado. Tomo I. Valladolid 1965

GROSS: "La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats" Paris 1964

GRYNFOGEL, "La mise en oeuvre de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux: heurs et malheurs de l'harmonisation européenne", La Gazette du palais, n° 23, 2003.

GUELFUCCI-THIBIERGE, C. "De l'élargissement de la notion de partie au contrat ... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif", Revista trimestral de Derecho civil, 1994.

GULLÓN BALLESTEROS A. "En torno a los llamados contratos en daño de tercero" RDN. 1958.

HADDING W. "Zur Theorie des Vertrages zu Rechten Dritter im deutschen Recht" en Festschrift für Imre Jaztay", Tübingen. 1982.

HADDING W. En "Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Kommentar (&328-335 BGB), t II, 12ª ed. Verlag W Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln, 1990.

HASOLD G "Zur Leistung im Dreipersonenverhältnis. Anweisung und Vertrag zugunsten Dritter als Model" München 1981.

HELLWIG, K. "Die Verträge auf Leistung an Dritte". A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf. (George Böhme) Leipzig 1899 (reimpresión Scientia Verlag Aalen 1980)

HERNÁNDEZ CORCHETE, J.A.: "Artículo 141. Indemnización", La reforma del procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero. PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.), Dykinson, Madrid, 1999.

HERNANDEZ LUGO, G. "Implementación de una red de asistencia para una compañía de seguros. Servicio propio versus servicio concertado". Revista Previsión y Seguro número 30, octubre 1993

HERRERO DE TEJADA, A.: "Serie de medicamentos esenciales y tecnología" nº 5.7 Guía para el Desarrollo de Servicios Farmacéuticos Hospitalarios Formulaciones Magistrales. Octubre 1997.

HILL-SMITH, A.G.L. "Consumer credit Law and practice". Sweet& Maxwell. 1985.

ICEA. Investigación Comparativa entre Entidades Aseguradoras y Fondos de Pensiones. "El seguro de Salud. Estadística año 2007".

INGLÉS BUCETA, J.L.: "Riesgos del desarrollo y accesibilidad: la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1997, con un apóstrofe sobre el nuevo artículo 141.1 de la LRJAP-PAC", Derecho de los Negocios, octubre 1999.

JAMIN, Ch. "La notion d'action directe". Paris. 1991.

JIMENEZ HORWIRTZ, M: "La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares". Mc GRAW HILL/Interamericana de España. 1996

JIMÉNEZ LIÉBANA, D., Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

JORDANO FRAGA, J.: "La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas", Revista de Administración Pública, nº 149, mayo-agosto 1999.

JORDANO FRAGA, J. "La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento", Madrid, 1994.

JORGE BARREIRO, A. "Jurisprudencia penal y lex artis médica", en Responsabilidad del personal sanitario, Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid. 1995.

JOSSERAND, L.: "Derecho civil" Traducción del francés. Tomo 2, vol I. Ed. Jurídica Europa-América. Buenos Aires 1980.

KEEN, J., LIGHT, D., MAYS, N. "Public-private relations in health care". London, King's Fund, 2001.

KINCAID, P. "Privity Reform in England".L. Q. Rew. 2000.

KOCH, B.A. "La labor del European Group on Tort Law. La cuestión de la "Responsabilidad objetiva". En: Indret Revista para el análisis del derecho. Versión digital disponible en: [http://www.indret.com/pdf/129\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/129_es.pdf)

LA CASA GARCÍA, R. "Carácter consensual del contrato de seguro y control administrativo sobre las pólizas (Reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3, de 27 de Diciembre de 2.000);

LA CRUZ BERDEJO, J.L. y otros: "Elementos de derecho civil" vol II, t I, y vol III, t II. Dykinson. Madrid. 2011.

LARENZ "Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechtp" 6ª ed. C.H. Bech'sche Verlagsbuchhandlung. München. 1983

LARROUMET: "Consummation: Les transpositions française et espagnole de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux devant la CJCE", Le Dalloz, n° 31/7084, 2002

LASARTE ALVAREZ, C.: "Principios de Derecho Civil, t I, 16ª ed, Marcial Pons. 2012.

LE TOURNEAU, P. "La Responsabilidad Civil" (trad. de Tamayo Jaramillo, J.), Bogotá, Legis, 2004.

LEITE DE CAMPOS, D. "Contrato a favor de terceiro", 2ª ed., Livraria Almedina. Coimbra. 1991.

LÓPEZ CASASNOVAS, G., SÁEZ, M. "A vueltas con el aseguramiento sanitario privado". GacSanit 2005.

LÓPEZ FRÍAS A., "Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal", Bosch, Barcelona, 1.994.

LÓPEZ RICHART, J: "El contrato a favor de tercero". Universidad de Alicante. 2001.

LÓPEZ SANTAMARÍA, J: “Los contratos, parte general” Editorial jurídica de Chile, 1986.

LORENZETTI, R.L., “Contratos modernos ¿conceptos modernos?, La Ley 1996.

LORENZETTI, R.L., “Tratado de los contratos”, RubinzalCulzoni, Buenos Aires, 2000.

LORENZETTI, R.L., “Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros”, Revista de Derecho del Consumidor, Nº 28, Porto Alegre, 1999.

LORENZETTI, R.L., “Cuál es el cemento que une las redes de consumidores, de distribuidores o de paquetes de negocios? (aproximación a la conexidad contractual como fundamento imputativo)”, LL 1995.

LORENZETTI, R.L., “Redes Contractuales, contratos conexos y responsabilidad”; en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 17; RubinzalCulzoni, Buenos Aires 1998.

MACCARRONE, G. “Contratto con prestazione al terzo”. Napoli 1997

MAIORCA: “Il contratto”, Torino, 1996.

MAJELLO, U.: “L’accordo delle parti e gli obblighi del terzo beneficiario nella stipulazione a favore altrui.” Foro pad., 1962,

MAJELLO, U. “Contratto a favore del terzo”. En Digesto disc. priv. (sez. civ.) tomo IV. Torino. 1989.

MALUQUER DE MONTES, C.J. “Protección de los consumidores: El crédito al consumo y los contratos vinculados.”, Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez Picazo, Tomo en AAVV p , Derecho de obligaciones, Civitas, Madrid, 2000.

MANRESA Y NAVARRO, J.M., “Comentarios al Código Civil español”, tomo VIII, vol. 2. Madrid 1967.

MARCO MOLINA, J.: “La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación”, Atelier, Barcelona, 2007.

MARIANI, P. *Il collegamento negoziale nel diritto privato*, en Rivista di diritto privato, Nº 2, Anno III, Aprile-Giugno, Ipsoa Editore s.r.l., Milano, 1998.

MARÍN LÓPEZ, M. J. “La compraventa financiada de bienes de consumo”. MARKESINIS, B.S. “The german law of obligations”, vol I, Oxford. 1997.

MÁRQUEZ, J.F., “Conexidad contractual”, Revista de Derecho privado y comunitario, 2.007

MARTÍN BERNAL, J.M.: “La estipulación a favor de tercero”. Montecorvo, 1985.

MARTÍN CASALS, M./SOLÉ FELIU, J.: “Veinte problemas en la aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución” (I) y (II), en *Práctica de Derecho de Daños, Revista de responsabilidad civil y Seguros*, núm. 10, dic. 2003.

MARTÍN CASALS, M., RIBOT IGUALADA, J., SOLÉ FELIU, J., “Dictamen sobre la responsabilidad de las entidades de seguros de salud en reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas”, Madrid 2.006. Cuadernos de SEAIDA, número cuatro (Sección española de la Asociación Internacional de Seguros).

MARTIN-CASALS, M.: “Reflexiones sobre la elaboración de unos principios Europeos de Responsabilidad Civil”, en 2º Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Granada 14, 15 y 16 de noviembre 2002. <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-7.pdf>

MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. “La responsabilidad civil del empresario por los perjuicios ocasionados por sus dependientes”. *Revista de derecho Mercantil*. 2006.

MAYNARD, A., DIXON, A. “Voluntary health insurance and medical savings account: theory and experience”. *Funding health care: options for Europe*. Buckingham, Open University Press 2002

MEDINA CRESPO, M. “La regulación del impago de la prima en el contrato de seguro”, en *Revista de Derecho de los Seguros Privados* nº 4/95, Madrid: *Revista de Derecho de los Seguros Privados s.l.*, 1995

MESSINEO, F. “Manual de derecho civil y comercial”, Giuffré, Milán, 1972.

MESSINEO, F. “Manual de Derecho Civil y Comercial”, Ed. Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1971.

MIR PUIGPELAT, O. “La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad”, Civitas, Madrid, 2000.

MIRABELLI: “Dei contratti in generale”, en *Comm. Al Cod. Civ*, tomo IV, Torino, 1980.

MOISSET DE ESPANÉS, L. “El error de derecho”. *Revista de Derecho español y americano*. Año VII, Nº 20. 1962.

MONTOYA MELGAR, A: “Trabajo autónomo y contrato de trabajo en las profesiones sanitarias” en *Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración. Estudios*. 2010.

MORALES MORENO "La incidencia del error de derecho en el contrato", en el libro "Centenario del Código Civil", vol II, Madrid, 1990,

MORALES MORENO. "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa" Anuario de Derecho Civil, 1982

MOSCARINI, L.V.: "Il negozi a favore di terzo". Giuffre editore, Milano 1970.

MOSSET ITURRASPE, J.: "Contratos". Ediar. Buenos Aires 1981.

MOSSET ITURRASPE, J, Contratos Conexos, Grupos y redes contractuales, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.

MOSSIALOS, E., "Voluntary health insurance in the European Union: a critical assessment". International Journal of Health Services 2002.

MOSSIALOS, E., DIXON, A. "Funding health care: options for Europe". Buckingham, Open University Press; 2002.

MOSSIALOS, E., THOMSON, S. "Voluntary health insurance in the European Union". Copenhagen, World Health Organization Regional Office for Europe; 2004.

MOURY: "D'invisibilité entre les obligations et entre les contrats". Revista trimestral de Derecho Civil 1994.

MÚRTULA, V.: "La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo", Dykinson, Madrid, 2005.

NATOLI L: "Attuazione del rapporto obbligatorio", t II Milán 1962,

NAVARRO MUNUERA, "Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", coords. R. Bercovitz/Salas, Madrid, 1992.

NICOLAU, N. L. " Los negocios jurídicos conexos", disponible en la World Wide web: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/viewFile/1008/930>.

NIETO CAROL U. (dir.): "Crédito al consumo y transparencia bancaria". Madrid 1998,

NUÑEZ LOZANO, MC. "Las aseguradoras de asistencia sanitaria. Intervención y liberalización", Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 1999.

OLAVARRIA IGLESIA, J., MATARREDONA BOQUERA, J., BATAGUER GRAU, J.: "Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

OLIVENCIA RUIZ, M. "El seguro de responsabilidad civil y la protección de la víctima. En especial en los daños causados por la gran empresa: la acción directa y las excepciones



oponibles". Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa. 1994.

OPPO, G. "Contrato parasociali". Milán 1942.

OPPO, G. "La directiva comunitaria sobre el crédito al consumo". Revista de Derecho Civil, 1987.

ORDAZ SANZ, JA y MURILLO FORT, C. "Una aproximación de los precios hedónicos al seguro privado de enfermedad en España", Revista de métodos cuantitativos para la economía y la empresa, diciembre de 2.006.

Organization for Economic Co-operation and Development. Private health insurance in OECD countries: compilation of national reports. Paris, Organization for Economic Co-operation and Development; 2001.

ORTI VALLEJO, A. "La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios", en ORTI VALLEJO, A. (dir.), La responsabilidad por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas. Thomson Aranzadi. Cizur Menor, 2006.

PACHIONI, G. "Diritto Civile". Padova, 1940.

PACHIONI, G: "Il contratti a favore dei terzi". Ed. Francesco Vallardi. Milán. 1912, traducido al español, Madrid 1948.

PALAO MORENO, G. "Responsabilidad civil extracontractual en el derecho europeo." Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

PALM, W. "Voluntary health insurance and EU insurance directives: between solidarity and the market". Brussels, Association Internationale de la Mutualité (AIM); 2001.

PANTALEÓN PRIETO, F: "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", en AA.VV, Centenario del Código Civil (1889-1989), t. II, Madrid, 1990.

PANTALEÓN PRIETO, F.: "El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)", Anuario de Derecho Civil, 1991.

PANTALEÓN PRIETO, F. "Comentarios al Código Civil", Ministerio de Justicia, 1991.

PAPANIKOLAU, P.A. "Schlechterfüllung beim Vertrags zugunsten Dritter." Ein Beitrag zu der Dogmatik de Vertrags zugunsten Dritter, Duncker & Humblot. Berlin 1977.

PARDO GATO, J.R., "Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión: Análisis legislativo y jurisprudencial", Dijusa, 2004.

PARRA LUCAN, M.A “La Protección al consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios”. Colección Derecho del Consumo, Madrid, 2011

PARRA LUCÁN, M.A, “Legislación de consumo”, 3º ed. Tecnos, Madrid, 2010.

PARRA LUCAN, M.A. “Jurisprudencia civil comentada. Código Civil Art. 1902 CC”, t II, ed. Comares. Granada. 2000.

PARRA LUCAN, Mª. A.: “Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos” en REGLERO CAMPOS, F.L. Coordinador: Tratado de Responsabilidad Civil” Volumen II, Capítulo XXII. Productos defectuosos. Thomson. Aranzadi. 2008.

PARRA LUCÁN Mª A.: “La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de los servicios.” Reus 2011

PARRA LUCÁN, M. A: “La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios.” Colección Derecho de Consumo. Madrid. 2011.

PASQUAU LIAÑO, M.: “La acción directa en el derecho español.” Madrid. 1989.

PATÍÑO, H: “Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración”. Revista de Derecho privado nº 14. 2008

PELAYO PARDOS, S.: “SIDA, hepatitis y artículo 37 de la Ley 4/1999 de modificación de la Ley30/1992. La teoría de los riesgos de desarrollo”, La Ley, 1999-2, D-68.

PEREZ CONESA, C. “El contrato a favor de tercero.” Editorial Comares. Granada. 1999.

PÉREZ GONZÁLEZ B., ALGER J., “ Anotaciones a I. ENNECERUS, H. Kehmann. “Derecho de obligaciones” en Tratado de Derecho civil de ENNECERUS, KIPP y WOLFF, T II, vol II, Barcelona 1935.

PÉREZ SERRABONA: “El contrato de Seguro. Interpretación de las condiciones generales”; Granada, Comares, 1.993,

PHILIPON, CH. : “La stipulation per autrui tacite”, Aix-Marseillie, 1969.

PIZARRO WILSON, C: “El efecto relativo de los contratos: partes y terceros”, en Guzmán Brito, Alejandro, El Código Civil de Chile (1855-2005) Trabajos expuestos en el congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago, 2007)

PIZARRO WILSON, C. “Incumplimiento contractual. Resolución e indemnización de daños.” Universidad del Rosario. 2010.

PUIG BRUTAU, J: "Fundamentos de derecho civil II, vol 2º, Barcelona.

PUIG PEÑA, F. "Tratado de Derecho civil español". Parte general. Tomo I, vol I, Revista de Derecho privado. Madrid. 1957.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F., "Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: La inoponibilidad." Tirant lo Blanch, 1994.

RAMOS GONZÁLEZ, S.: "Responsabilidad civil por medicamento. Defectos de fabricación, de diseño y en las advertencias de las instrucciones." Thomson-Civitas, 2004.

RAPAZZO, A., "I contratto collegati", ed. Giufreé, 1998.

REGLERO CAMPOS, L.F. "Tratado de Responsabilidad civil" Tomo I. Thomson. Aranzadi. 2008.

RICA BARBERIS, M "Il contratto a favore di terzi i la garanzia impropria" Dir. fall. 1957

ROCA SASTRE R.M. y PUIG BRUTAU J. "Estipulaciones a favor de tercero". En Estudios de Derecho privado, t I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1948.

ROBINSON, J. "Renewed emphasis on consumer cost sharing in health insurance benefit design". Health Affairs; 2002.

RODRÍGUEZ CARDO, I.A: "Actividades profesionales" en J. García Murcia (Dir.): El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado, Thomson Civitas, Navarra, 2007.

RODRIGUEZ GONZÁLEZ, J.I.: "El principio de relatividad de los contratos en el derecho español." Colex, Editorial Constitución y las leyes. Madrid, 2000.

RODRÍGUEZ GREZ, P., "Responsabilidad Contractual", Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2003.

RODRÍGUEZ MORATA, F.A. "La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra", Madrid. 1992.

ROSILLO FRAILÉN, A., "La configuración del contrato de adhesión con consumidores". Ed. La Ley. 2010.

RUBIO GARCÍA-MINA, J., CASTRO Y BRAVO F. "La responsabilidad civil del empresario" Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1971,

RUIZ MUÑOZ, M.: "Responsabilidad civil del empresario/fabricante", en Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores, coord. por BOTANA GARCÍA, McGraw-Hill, Madrid, 1999.

RUIZ MUÑOZ, M.: "Derecho europeo de responsabilidad civil del fabricante", Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SALAZAR ROMERO: "La Directiva 87/374/CEE y el régimen comunitario de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (II)", Revista General de Derecho europeo, n° 8, 2005, 2-3.  
[http://www.iustel.com/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_revistas=13](http://www.iustel.com/revistas/detalle_revista.asp?id_revistas=13).

SALVADOR CODERCH, P., "Causalidad y responsabilidad", InDret, 1/2000, [<http://www.indret.com>].

SANCHEZ, G. J. Editorial Tecnos, sexta Edición, Madrid 2.001.

SANCHEZ CALERO, Fernando (dir). "Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1.980, de 8 de octubre y a sus modificaciones". Ed. Thomson Aranzadi, tercera edición, Navarra 2.005.

SANCHEZ CALERO, F.: "El aseguramiento de la responsabilidad del médico. Límites.". Conferencia dada en el IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario.  
[http://www.aeds.org/congreso4\\_4.php](http://www.aeds.org/congreso4_4.php)

SANCHEZ CALERO, F: "Ley de Contrato de Seguro" 3ª ed. 2005.

SÁNCHEZ CALERO, F. "Comentario Artículo 14" y "Comentario Artículo 15" en "Ley de contrato de seguro Navarra. Aranzadi. 2001

SÁNCHEZ CALERO, F. "Comentario Artículo 14" y "Comentario Artículo 15" en "Ley de contrato de seguro Navarra: Edit.Aranzadi, 2001

SÁNCHEZ JORDÁN, M.E.: "La interrupción de la prescripción en los supuestos de solidaridad impropia: su incidencia en la solidaridad de los intervinientes en el proceso de ejecución", Revista crítica de derecho inmobiliario. Año 80, número 685. 2004,

SANTI ROMANO, "Corso de diritto amministrativo", Milano 1906.

SANTOS BRIZ, J. "La responsabilidad por hecho ajeno. Su proyección en la disposición 8 de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre y el nuevo Código Penal" Revista de Derecho Privado. Mayo 1997.

SAVATIER, R.: Revista trimestral de Derecho civil, 1955

SCHINZEROTTO, G., "Il collegamentonegoziale", Jovene, Napoli 1983.

SCOGNAMIGLIO, R: "Contratti in generale" Terza ediciones, Casa Editrice DR. Francesco Vallardi. Milano, 1980.

SCOZZAFAVA, O: "Contratto a favore di terzi." En Enciclopedia Jurídica Treccani. T IX. Istituto de la Enciclopedia Italiana. 1988.

SIERRA PÉREZ I. "Responsabilidad del empresario y relación de dependencia. Editorial Montecorvo. Madrid. 1997

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FARMACIA HOSPITALARIA: "Garantía de calidad en los Servicios de Farmacia Hospitalaria." Ed. Jarpyo editores, S.A. Barcelona, 1990.

SOLOZÁBAL, J.J.: "Una nota sobre la jurisprudencia constitucional en materia de protección al consumidor", Estudios sobre Consumo, n.º 19, diciembre de 1990.

SOTO COAGUILA, C.A. "La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato", Diario La Ley del 29 de Junio de 1999.

SOTO NIETO, F: "Acción directa contra la entidad del seguro obligatorio. Excepciones oponibles. Derecho de repetición. (Algunas cuestiones básicas)." Diario La Ley. D-267, tomo 8. La Ley 22982/2001.

SOZZO, G. "Interpretación y otros efectos de la complejidad negocial (¿Para qué puede servir vincular los contratos?", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2007-2, RubinzaCulzoni, Santa Fé, 2007,

STANGHELLINI, L.; "I diritti del danneggiato e le azioni di risarcimento nella assicurazione obbligatoria della responsabilità civile." Milano 1990.

TAMAYO JARAMILLO, J: "De la responsabilidad civil" T. I. ed Temis, 1999

TAMAYO JARAMILLO, J. "Tratado de responsabilidad civil" tomo I. 2ª ed. Legis, 2007.

TEYSSIE, B. "Les groupes de contrats". L.G.D.J. Paris. 1975.

THOMSON, S. MOSSIALOS, E. "Regulating private health insurance in the European Union: the implications of single market legislation and competition policy". LSE Health WP number 4; 2006.

TIRADO SUAREZ, F. J. "Lecciones de Derecho Mercantil", Coordinado por MENEZ TERRÉ F., SIMLER PH. y LEQUETTE Y.: "Droit civil. Les obligations." Paris 1996.

TRIMARCHI, "Rischio e responsabilità oggettiva" Milan 1961

TORRALBA MENDIOLA, E. "La responsabilidad del fabricante. Aplicación de la Ley extranjera y normativa comunitaria." Marcial Pons. 1997

ULMER, P., HABERSACK, M. "VerbraucherKedirgesetzKommentar". München. 1995 en ALFARO AGUILA REAL, J. "Observaciones críticas al Proyecto de Ley de crédito al Consumo" en RDBB, 1995.

URIA, R. "Derecho Mercantil". Editorial Marcial Pons, vigésimo octava edición, Madrid 2.002.

VARVAS VASSEROT "La individualización del beneficiario en el seguro de daños" RES 1996.

VALLANSAN, J.: "La rétrocession indirecte des exploitations pare les SAFER et la stipulation pour autrui.", Rep. Defr., 1990.

VENANDET, G: "La stipulation per autrui avec obligation acceptée per le tiers bénéficiaire" JCP 1989, I.

VICENT CHULIA, F., "Compendio crítico de Derecho Mercantil", Volumen II, Edit. Bosch. 3ª Edición. Barcelona. 1990.

VILLEY, M.: "Filosofía del Derecho" t. I, Definiciones y fines del Derecho, 4ª ed. 1986.

VINEY "La dificultades de la recodificación del derecho de responsabilidad civil en el Código Civil 1804-2004." Libro del bicentenario. Paris. Dalloz. Litec. 2004.

VISINTINI G. "La responsabilidad contractual por hecho de auxiliar" Padova 1965.

VON GIERKE O "Der Lebensversicherungsvertrag zugunsten Dritter nach deutschem und ausländischem Recht", Ferdinand Enke Verlag. Stuttgart. 1936.,

WALLIS, G. "The demand for private medical insurance". EconomicTrends 2004.

Price Waterhouse Coopers. "Elecciones saludables: El papel cambiante de las aseguradoras sanitarias". Madrid; 2007.

WIDMER, P. "Responsabilidad por culpa". En: MARTÍN CASALS, M. (Coord). "Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, Texto y Comentario." Pamplona: Aranzadi, 2008.

YZQUIERDO TOLSADA, M. "Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos. Consecuencias." Dykinson. Madrid. 2015.

YZQUIERDO TOLSADA, M. “La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso”. Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro. Marzo 2004.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual” Dykinson. 2001.

YAGÜEZ, R.: “La responsabilidad civil y su problemática actual”. Guía Laboral Seguridad Social. Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

[http://www.empleo.gob.es/es/guia/texto/guia\\_13/contenidos/guia\\_13\\_31\\_7.htm](http://www.empleo.gob.es/es/guia/texto/guia_13/contenidos/guia_13_31_7.htm)

ZELAYA ETCHEGARAY, P. “La responsabilidad civil del empresario por daños causados por su dependiente”. Pamplona, 1995.

ZURITA MARTÍN, I. “La responsabilidad del contratista por sus auxiliares: estudio jurisprudencial del artículo 1596 del Código Civil en relación con la responsabilidad decenal” Revista General del Derecho. Núm 607, Abril 1995.